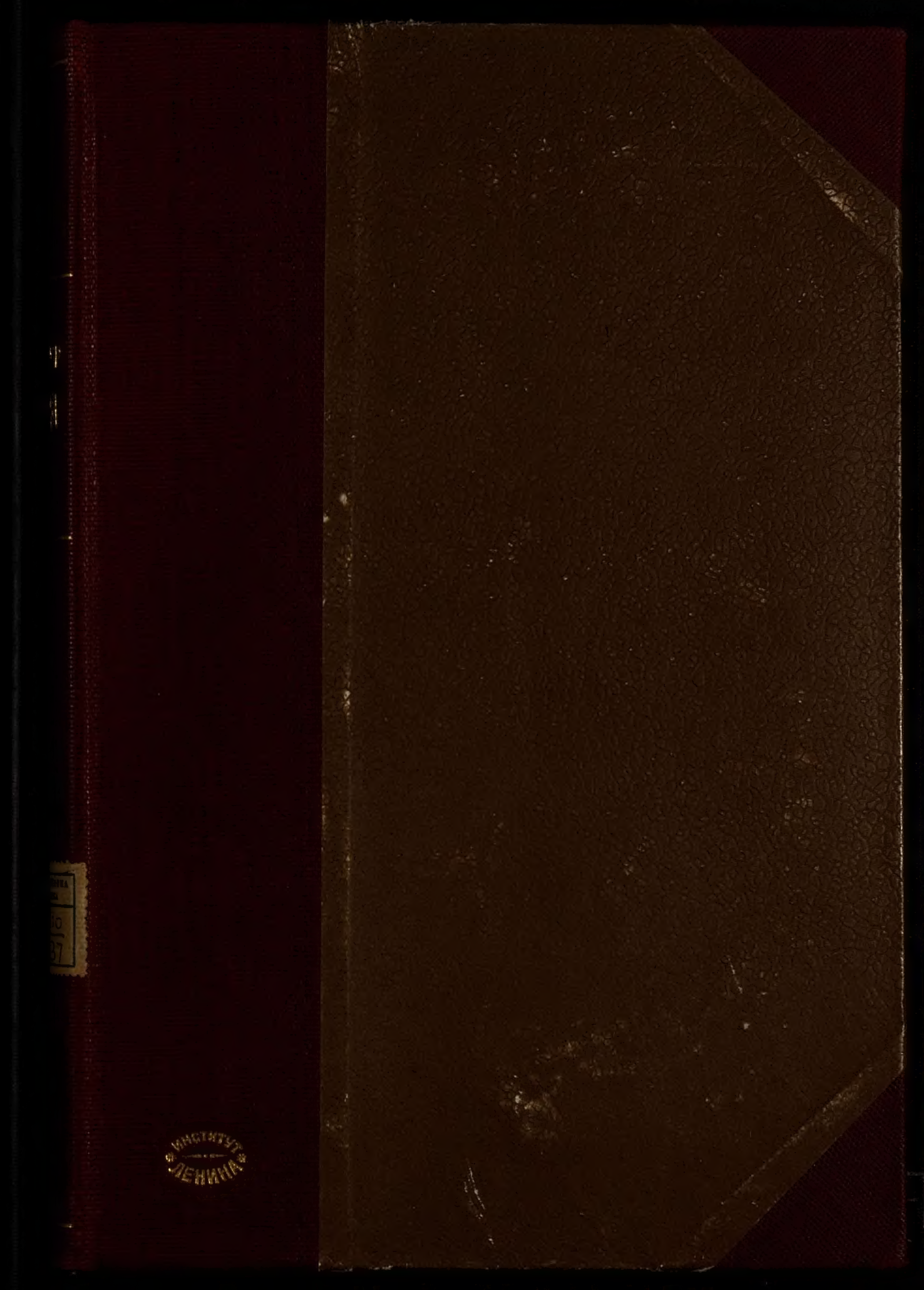
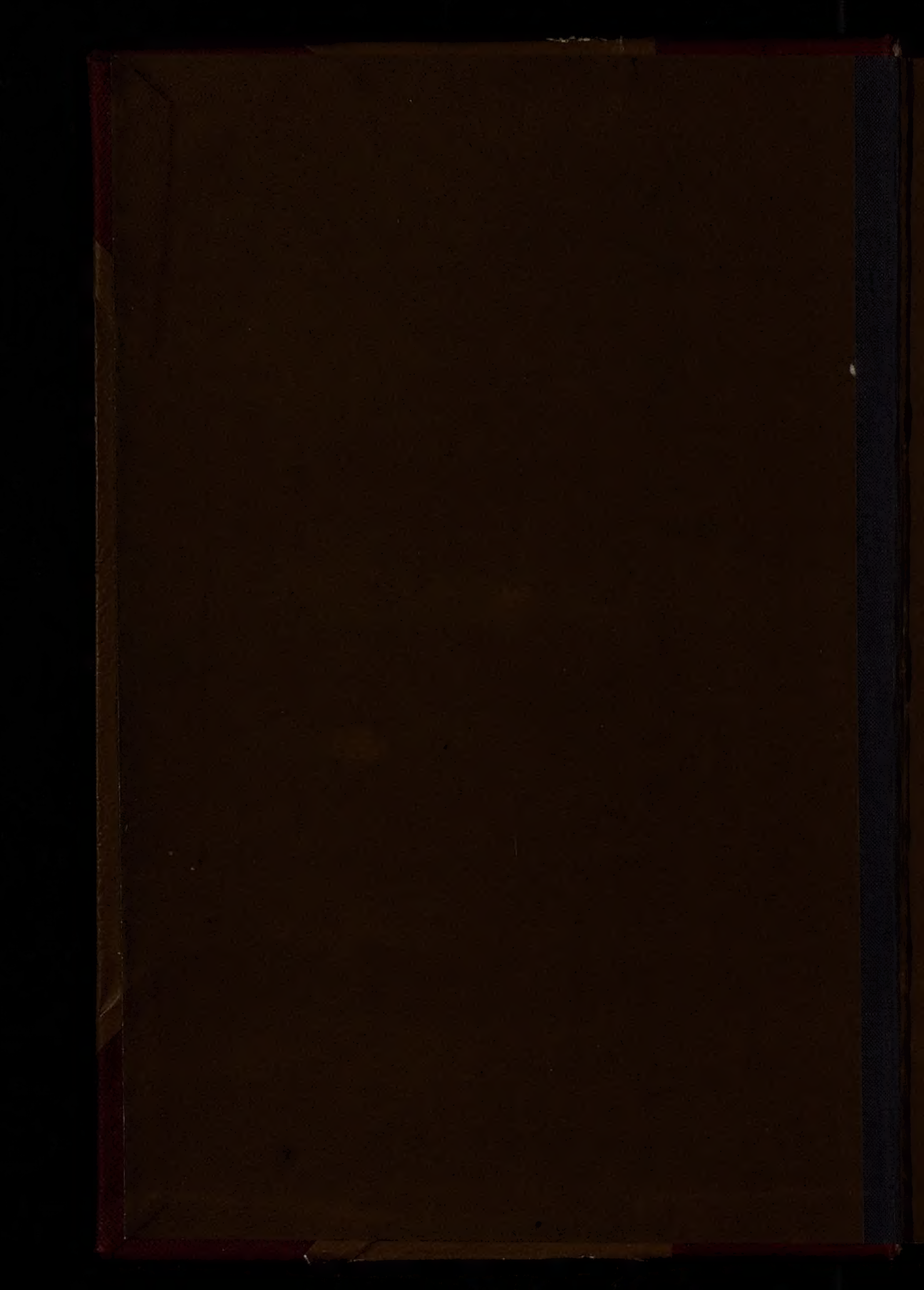

ИНСТИТУТ
ЛЕНИНА



М. РЕЙСНЕР



# ПРАВО

## НАШЕ ПРАВО
## ЧУЖОЕ ПРАВО
## ОБЩЕЕ ПРАВО

ГОСУДАРСТВЕННОЕ ИЗДАТЕЛЬСТВО
ЛЕНИНГРАД
1925

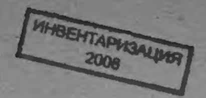
М. РЕЙСНЕР

# ПРАВО

## НАШЕ ПРАВО ЧУЖОЕ ПРАВО

## ОБЩЕЕ ПРАВО

ГОСУДАРСТВЕННОЕ ИЗДАТЕЛЬСТВО
ЛЕНИНГРАД — МОСКВА
1925



Зак. № 29.

Гиз. № 10372 Ленинградский Гублит № 14862 Печ. 10.000 экз. — 18 л.

**ДРУГУ,**

*Прошедшему со мной*

*тридцатилетний путь*

*нужды, гонений,*

*борьбы и одиночества,*

*дарю эту книгу.*

*Автор.*

I.

## Революция и правоведение.

Уже на седьмом году революции в Советской России чрезвычайно усилился интерес к праву. В области реальных взаимоотношений мы находим положительно расцвет законодательства и кодификации. За многочисленными томами декретов, законов и постановлений, которые издавались Советами с первых дней революции, в настоящее время последовали более или менее систематизированные кодексы, которые как бы приближаются к созданию некоторого единого не только законодательства, но и того, что мы могли бы назвать советским правом. Это законодательство по содержанию несет с собою целый мир новых отношений, и здесь, как нигде, применимы слова Маркса, сказанные во время Кёльнского процесса о создании нового „общества“ в противоположность старому. С другой стороны, благодаря господству писанного законодательства и в конце концов более или менее целостных кодексов, мы получаем и такую рационализированную форму, на которой можно с известной легкостью проследить черты вновь сооружаемой постройки. Из первоначального хаоса революционной борьбы выясняются очертания благоустроенного здания, которое не только по нужде (материальные интересы), но и по внешним своим формам становится приемлемым для благоприличных и проникнутых пресловутым правовым принципом, хотя и с некоторой примесью фашизма, культурных стран цивилизованного капитала. Нас даже начинают признавать не только де-факто, но и де-юре.

И нужно отметить, что подобное оформление и связанная с ним юридизация наших отношений проявились далеко не в одной сфере положительного закона. Как всегда в таких случаях, мы встречаемся с неменьшим расцветом новой советской юриспруденции. В этой области можно констатировать явление, совершенно подобное известному библейскому чуду. И если в свое время, согласно „святому преданию“, ветхозаветному пророку удалось оживить

целое поле мертвых костей, при чем эти последние восстали вновь во образе людей, снабженных всеми свойствами человеческого тела и духа, то нечто подобное мы можем констатировать и в области нашей юриспруденции: правовая идеология воскресла. Конечно, мы не говорим здесь о доброй традиции буржуазной науки. Она с гордостью может сказать о себе, что она не умирала. Тут не было гибели, но говоря термином профессора Бахметьева — настоящая картина анабиоза, т.-е. временного окоченения животного. Под оглушающими ударами революционной бури мощная растительность буржуазного права потерпела жестокие уроны. Одно время это бедное гонимое право скрывалось в буквальном смысле слова в подпольи. Сделки гражданского оборота совершались под непрестанным страхом нападения грозной чрезвычайной комиссии во имя военного коммунизма. Поэтому в подпольи продавались национализированные дома, шла торговля запрещенными в продаже продуктами, развивалась эксплоатация „мешечников“ и котировались биржевые бумаги. Такова была практика. Теории жилось несколько лучше.

Ибо чрезвычайно мягкая политика советской власти по отношению к науке и ученым дала возможность существования и деятельности пророкам идеологии буржуазного типа. Трудно поверить, но как показывают факты, во время самого, казалось бы, мощного подъема революции с ее социалистическими идеями и коммунистическим грядущим, в старых аудиториях шло беспрепятственно насыщение слушателей великими заветами частной собственности и самодержавной, а в лучшем случае конституционно-демократической или даже буржуазно-демократической власти. Отмечаю, как факт, что в одном университете через год после революции еще спрашивали на экзамене по десятому тому Свода законов гражданское право империи и административное — по положению о земских начальниках, этому творению царя Александра III. Еще недавно мы, в качестве официального экзаменационного руководства имели второе издание труда одного профессора, который воспел в нем настоящий гимн и дал апофеоз правовому государству буржуазной демократии, возведенному буквально в перл создания. Положение старых юристов скоро улучшилось и в том отношении, что к ним, как к специалистам и техникам правовой формулировки, обратились многочисленные советские учреждения за помощью как в деле законодательной работы, так и административного управления. Само собой разумеется, что подобная помощь оплачивалась довольно дорогою ценой, и старая идеология права незаметно и невольно всасывалась везде, где только она не встречала достаточного сопротивления. А его было мало уже потому, что новый класс, взявший власть в свои руки, и его пред-

ставители весьма плохо и мало были подготовлены в области юридических понятий.

Даже если порой они обладали дипломом высшей школы и стажем юридической практики, то это помогало весьма немного. Дело в том, что характерной чертой пролетарского сознания является материализм, а в частности историко-экономическое воззрение, тесно связанное с именами Маркса и Энгельса. Это же воззрение с самого начала стало на почву строго научной теории, которая принципиально чуждалась создания идеологических надстроек. Конечно, без идеологий и здесь дело не обошлось, но рабочий класс и ведущая его партия стремились всегда отдать себе самый строгий отчет в идеологических построениях и уяснить себе идеологический характер тех или иных „истин"— особенно практического (императивного или деонтологического) характера даже в сфере агитации и пропаганды. Этому очень помогал твердый социологический подход в духе исторического материализма. Во всяком случае даже такие „идеологии" необходимо приводились в связь с известными реальными явлениями, и в общем и целом аргументация строилась при помощи обращения к запросам и нуждам развития производительных сил и соответственной перестройки производственных отношений. Такое критическое отношение к „идеологиям" поддерживалось еще тем обстоятельством, что в борьбе с господствующим классом приходилось встречаться с колоссальным нагромождением идеологических твердынь, за которыми скрывались основные классовые позиции врага. За грандиозным подвигом, который в этом отношении совершили Маркс и Энгельс, следовали бесчисленные крупные и мелкие их последователи, наносившие удар за ударом идеологиям религиозного, морального, правового, политического и экономического типа. Но на первый план все же была поставлена наиболее важная задача, поставленная марксизмом, и это—разоблачение экономических фетишей, столь блистательно начатое сокрушением „товарного фетишизма".

Такой экономизм в значительной степени предопределил и борьбу на идеологическом фронте. Предполагалось вполне достаточным разоблачить тщательно скрываемую „преступную" связь между идеологией и взрастившей ее экономической структурой для того, чтобы считать дело законченным. И действительно, в борьбе против враждебного класса, прямой и открытой, это действовало великолепно. И когда божественный лик, начертанный по всем правилам иконописи, внезапно бледнел и расплывался, а из-под него выступала с тем большей яркостью экономическая маска свирепого и жадного капитали этого олицетворенного вампира прибавочной стоимости,

само собой, улетучивалось благоговение, и опускалась рука, поднятая для „крестного знамения". То же самое и с правом. Достаточно было показать, как это сделали еще Маркс и Энгельс, под блистательной одеждой правового равенства отвратительную картину беспощадной эксплоатации одним „равным" субъектом другого, чтобы вся правовая риза превратилась в лживые лохмотья буржуазного интереса. Отметим, однако, что наши основоположники все же этим не удовлетворялись, и поскольку им борьба и наука давали возможность, они хотя бы попутно и мельком, но пытались проникнуть более глубоко в тайны самого идеологического механизма. В этом отношении чрезвычайно характерно указание на ошеломляющее и отравляющее свойство хотя бы религии, которая не только является идеологической надстройкой над производственным базисом в определенную эпоху культуры, но и хранит в себе специфические свойства, делающие ее „опиумом для народа".

Что же касается „опиума права", то на него не было обращено достодолжного внимания, так как предполагалось, что правовая надстройка, особенно в области имущественных отношений, настолько тесно связана с хозяйственными условиями, что она не переживет особенно долго социального переворота и погибнет без остатка, не оставив жизнеспособных наследников. Таково было распространенное мнение среди марксистов, и они относились порой даже с некоторым высокомерием к научной разработке права, так как считалось, что имеем дело с чем-то весьма второстепенным и нестоящим внимания, с чем-то, о чем по существу неинтересно и говорить, раз будет изменена экономическая почва. Такое пренебрежение к вопросам не только правовой, но и политической надстройки, было всегда особенно свойственно тем направлениям из марксистского лагеря, которые первоначально являлись приверженцами одностороннего экономизма, выродившегося впоследствии в ликвидаторство и социал-соглашательство, т.-е. попросту давшим меньшевистское течение социал-демократии. Как известно, эти люди настолько считали несущественной даже политическую борьбу, что вызвали со стороны Ленина справедливую кличку „хвостистов". Серьезное внимание идеологическому фронту задолго до революции было уделено лишь в наиболее революционном течении марксизма, впоследствии давшем организацию большевиков и коммунистов. В этом лагере усиленная работа производилась и на идеологическом фронте, которая вызвала обширную литературу и завершилась решающим ударом Ленина.

И все же вопросы права, даже в этой литературе, не были достаточно освещены. На первый план были выдвинуты вопросы государственной организации и борьбы

с религией. Это объясняется тем простым обстоятельством, что в России главными врагами были самодержавие и церковь, до правового же государства в европейском смысле слова мы не дожили вплоть до самой февральской революции. И лишь со времени вступления большевистской фракции в государственную думу можно считать, разве, начало нашего соприкосновения с некоторыми областями правовой сферы. Но на Западе было другое, и если бы там преобладало революционное крыло пролетариата, то оно воистину нашло бы обильный материал для изучения правовой заразы. Ибо нигде правовой порядок и правовая идеология не дали таких обильных выделений правового яда, как на жирной почве широко развитого, всепроникающего и веками взращенного товарно-капиталистического производства. Полный отрыв юридической формы от живой действительности. Непреоборимое самомнение законодательной воли, переворачивающей своим законом целые миры. Столетием воспитанная правовая дисциплина, закрывшая все источники какого-нибудь нового интуитивного права и „революционного правосознания“. До корней идущая легализация общественной борьбы, связанная со строго установленным порядком обнаружения деятельности людей лишь в качестве „субъектов права“. Насажденная повсеместной практикой правового договора тенденция к компромиссу и соглашательству. Своего рода мещанский реализм, привыкший брать понемножку и формулировать свои требования „на общей правовой почве“ в виде точно определенных и немедленно осуществимых формул. Наконец, порожденная незыблемой устойчивостью правового порядка юридическая косность с ее верой в вечное бытие священной собственности — таковы наиболее характерные продукты юридической отравы, при помощи коих над растущим империализмом был создан идеологический панцырь, не разбитый на Западе и до сих пор.

Неудивительно теперь, что все вышеуказанные обстоятельства не дали и не могли дать углубленной марксистской теории права. Те же из приверженцев пролетариата, которые были втянуты в юридическую практику, невольно вели в усиленном виде то „двойное существование“, которое отметил еще молодой Маркс для гражданина современного государства. В партийной работе они выступали, как революционеры и экономисты, разоблачавшие все тайны классового господства. В судебном зале слишком часто им приходилось принимать правовой порядок, как технику своей профессии, и приспосабливаться к мышлению, целиком проникнутому формализмом, догматизмом и юридическим атомизмом. Почти то же происходило и в стенах университета. Студенты-марксисты революционного лагеря делили свою жизнь буквально пополам. Одна половина была посвящена

механическому и бессознательному, а следовательно и наиболее опасному восприятию бесчисленных „прав“, другая, где шла речь о революционной работе, была открыта почти исключительно экономике. В результате обильное производство юристов-марксистов, которые были превосходными последователями исторического материализма в области экономики и бессознательными автоматами буржуазного правоведения в области идеологического мышления. И приходится с грустью признать — лишь там мы встречаемся с некоторым колебанием бессознательно усвоенной правовой идеологии, где само буржуазное правоведение под влиянием приближающейся революционной бури стало подрывать и расшатывать устои неподвижной догмы.

Тут произошло явление, общее всем социальным крушениям. Господствующий порядок разбивается не только ударами извне, но и разлагается благодаря процессу распада изнутри. Как болезнь, революция должна найти подготовленную почву. В мире правовой мысли совершается то же самое. И подобно тому, как перед великой французской революцией многочисленные сторонники феодального права разбивали защищавшую их власть непримиримостью своих требований и сами расшатывали старую идею права, в новой буржуазной юриспруденции явилось много любопытных течений в тот самый момент, когда буржуазное общество подверглось жестокой революционной опасности. Отметим здесь прежде всего те учения, которые возникли среди государство—и правоведов под влиянием революции 1830—1848 гг. Здесь выдвигается на первый план имя Лоренца фон-Штейна, который, несмотря на свои весьма монархические убеждения, тем не менее пришел к классовой идее в политической жизни общества. История революции выяснила для него совершенно бесспорно, что в среде так называемой „государственной личности“, представляющей единство политического сознания, на самом деле кипит жесточайшая классовая борьба буржуазии и пролетариата, причем, несмотря на свое господствующее положение, буржуазия менее всего стремится к воплощению каких-то общих интересов. Напротив, она преследует свои узкие классовые интересы без малейших сдержек, хотя бы это привело к крушению самое государство. Лоренц фон-Штейн в ужасе обращался к европейскому обществу с призывом обуздать эту борьбу и найти какое-то примирение классов, так как был убежден, что буржуазия в своем безумном стремлении к воплощению классового интереса готова разрушить столь дорогое для этого автора государство. Фон-Штейн взывал к правительствам, которые должны были выступить в качестве своего рода посредников в этой разъяренной борьбе и мечтал,

что, может быть, крепкой монархии удастся обуздать капиталистов и таким образом сохранить общественный мир. Как очевидно, Лоренц фон-Штейн стал здесь по крайней мере в исходном пункте подобно марксистам на точку зрения классовой борьбы и этим самым разрушил одну из главнейших иллюзий, которые слепили массам глаза и создавали призрачное единство там, где на самом деле свирепствовала буря классового междоусобия.

Отсюда понятно, что Маркс меньше всего считал своей заслугой изобретение теории классовой борьбы, и классовая точка зрения в учении о праве и государстве отнюдь не представляет ни заслуги, ни исключительного свойства марксистской теории. Удивительно поэтому, что ряд молодых марксистских писателей никак не может сделать шага вперед от голой классовой теории и воображает, что, сведя науку о праве и государстве к понятию борьбы классов, они этим самым окончательно разрешают задачу. Не надо забывать далее, что и другие писатели не меньшего калибра, чем фон-Штейн, настойчиво и систематично проводили классовую теорию. Отметим здесь хотя бы Людвига Гумпловича, ныне покойного австрийского государствоведа, который стоял на классовой точке зрения, хотя и с уклоном в сторону расовой борьбы. По его учению, государство является результатом борьбы рас и завоевания одних другими. Так образуются классы победителей и побежденных, приобретающих затем экономический характер. В основу полагается распределение собственности. На этой почве вырастает право, которое в начале есть не что иное, как порядок силы, но затем постепенно этот порядок укореняется благодаря значению привычки. Он становится порядком нормальным. Но к чему привыкают, то идеализируют, и в результате такое право становится незыблемым и священным законом. Право с такой точки зрения есть не что иное как сила, освященная привычкой в качестве высшего закона. Само собой разумеется, что учение Гумпловича отнюдь не могло способствовать идеализации существующего порядка, и его борьба с догматическим и формальным методом юриспруденции докончила дело: ореол нравственного освещения был разбит.

Неудивительно после этого, что классовая идея получила широкий доступ в область правовой теории. Рядом с юристами, воспевающими незыблемость закона и святость правопорядка, создалось целое течение, которое невольно отражало жестокий факт действительности и разбивало правовые сети. Неудивительно поэтому, что крупный германский государствовед и теоретик политической науки, Рихард Шмидт, посвятил громадный том (II том общего учения о государстве) истории развития государства

на протяжении всей нам доступной исторической действительности и свел целиком историю государственных образований и политической борьбы к борьбе общественных классов, которым он придал решающее значение. Право оказалось лишь одною из связей социальной материи, которую исследовал Шмидт. В области чистого права любопытную работу проделал в свое время приверженец младо-гегелианской теории, Берольцгеймер, который подобно Гумпловичу, историю права разделил на периоды, сообразно классовому господству определенных групп, так что правовые учения современного общества у него вошли непосредственно в состав идей третьего класса или буржуазии, а социализм выступил непосредственно, как выражение классового сознания четвертого сословия, под которым он разумеет пролетариат. Само право превратилось в его учении в своеобразные сочетания двух элементов — силы и иллюзии, причем эту иллюзию он вполне уподобил религиозной вере. Как здесь, так и там по его учению есть свои мученики, проповедники и герои. Между правом и хозяйством существует непосредственная связь, и первое есть не что иное как один из моментов классовой идеи. Насколько стала распространенной мысль о связи между правом и классовой системой, показывает и тот факт, что социалистическое учение Антона Менгера, исходящее из классовой точки зрения, отнюдь не произвело впечатления какой-то чрезвычайной новости в области юриспруденции, и этот ученый преблагополучно, до конца дней своих, оставался ректором Венского университета.

Святости права, впрочем, грозила опасность и с другой стороны. Под давлением экономической теории марксизма, целый ряд ученых должен был признать зависимость столь идеальной вещи как право, от такого материального явления как хозяйство. Вопрос об отношении между правом и хозяйством стал больным вопросом предреволюционной эпохи. Здесь мы имеем самые различные течения и самые разнообразные попытки примирения этих двух общественных сил. То представлялось крайне необходимым снабдить молодых юристов основательными экономическими познаниями, так как право образует лишь форму, истинным же содержанием его оказывается экономика в ее многоразличных проявлениях. В этом утверждении сходились такие крупные буржуазные экономисты, как Рошер, Данкварт и Адольф Вагнер. То, подобно пресловутому Рудольфу Штаммлеру, делалась попытка поднять хозяйство и право, как материю и форму, на такую философскую высоту, где бы они нашли самодовлеющую закономерность в себе, объединяющую их согласно принципам некоторой абсолютной цели в „обществе свободно желающих людей“. Таким манером строится особое „правильное право“,

которое должно удовлетворить требованию старого философа Эмануила Канта, сделать каждого человека самоцелью и, согласно учению Штаммлера, устроить такой порядок, где каждый человек оставался бы друг другу „ближним". Последним ударом со стороны экономики была отчаянная критика проекта нового гражданского уложения в Германии, в которой приняли главное участие упомянутые уже А. Менгер и русский ученый Петражицкий. И хотя их критика в общем и целом оказалась бесплодной, но она, во всяком случае, показала, что новое гражданское уложение совершенно не считается с новыми фактами общественной жизни и по существу есть только новое утверждение старого права.

Мы не должны преувеличивать значения всех этих критик и теорий. Но мы все же должны признать, что они внесли дух решительного беспокойства в ту область, где еще так недавно царили беспрепятственно великие принципы буржуазного права. По мере того, как нарушалась его формальная изолированность, в нем обнаруживалось все больше и больше различных прорех и уничтожалось „единство правовой идеи" (учение Дюги). Свое дело сделало здесь и сравнительное учение о праве, которое было выдвинуто некоторыми учеными на основании новейших успехов социологии. Далеко не один Морган содействовал здесь установлению факта сравнительно позднего рождения государства и наличности первобытного коммунизма. Эти открытия имели громадную важность для марксистской теории, и недаром Фридрих Энгельс со свойственной ему чуткостью немедленно же посвятил этим открытиям свою книгу и использовал их в целях борьбы против классового врага. К сожалению, за ним последовали слишком немногие, и из среды марксистов только П. Лафарг, Генрих Кунов, Н. Зибер и Л. Крживицкий воспользовались этим вновь открытым путем. Но ведь был не один Морган, а целая блестящая плеяда социологов, начиная с Бахофена, Мак Леннана, Вестермарка, Спенсера, Джиллена, а в последнее время Фрэзера и ряда других, материалы которых в руках марксиста могли бы дать по почину Энгельса замечательные результаты. Как бы то ни было, но под влиянием успехов описательной социологии мы имеем ряд авторов по сравнительной истории права, где перед нами опять-таки драгоценнейший материал. Труды Мэна, Фюстель де-Куланжа, Маурера, Поста, Дареста и Ковалевского произвели целый переворот. И то, что утверждали марксисты относительно условного исторического характера правовых форм и их теснейшей зависимости от условий производства, все это подтвердилось великолепнейшим образом. Большинство исследователей в этой отрасли

науки оказались марксистами против своей воли. Недаром работы нашего Максима Ковалевского с таким вниманием цитировались Фридрихом Энгельсом.

Это была уже наука. И если можно говорить о сколько-нибудь серьезной подготовке марксистски мыслящего юриста, то само собой разумеется не иначе, как на основе не только строгого историзма, но и основательной подготовки при помощи сравнительной истории права. Не надо забывать, что здесь перед нами непочатый край любопытнейших институтов, исследование которых одно может подтвердить и дополнить часто отрывочные положения правовой теории исторического материализма. Чрезвычайно странное впечатление поэтому производят некоторые молодые марксистские ученые, заменяющие науку истории права, равно как сравнительной его истории, подбором изречений и цитат из общеизвестных произведений Маркса и Энгельса. Хорошо бы здесь припомнить завет последних о необходимости основательной исторической проработки различных сторон общественного быта, а в частности государственных и правовых форм. Во всяком случае такое изучение освободило бы их от одного буржуазного предрассудка, созданного в свое время политикой нового государства и поддержанного соответственной теорией. Этот—предрассудок о безусловной зависимости появления права от наличности классового порядка и государственной власти, а у многих—убеждение в том, что право и власть одно и то же, что, далее, право есть порождение исключительно классовой борьбы, что, наконец, право без принуждения, осуществляемого при помощи государственной организации, немыслимо. В дальнейшем изложении мы покажем достаточное количество примеров права, которое отнюдь не связано с государством, менее всего порождено борьбою классов и обеспечивается не государственным аппаратом, но общественным принуждением или даже непосредственным давлением хозяйственного интереса. Спор о таких вещах был бы совершенно излишним, если бы наши марксистские юристы были больше ознакомлены с данными хоть и буржуазной, но достаточно честной науки.

Они оценили бы тогда и другое направление дореволюционной теории права. Я здесь говорю о том отрыве права от обеспечивающего его принуждения, которое в рамках буржуазного государства представлялось исключительно в виде военного кулака или полицейского участка. Сейчас все эти Бирлинги, Биндинги или Эльцбахеры представляются весьма странными в своем стремлении отделить принуждение от права, очистить последнее от всякой примеси к форме простого долженствования и снабдить право исключительным признаком добровольности. Казалось бы, здесь мы встречаемся с безмерной

идеализацией, которая прямо отрицает факты. В особенности это должно сказать относительно стран континентальной Европы, где действительно правовое творчество сосредоточено целиком в формальной воле государства, представляет из себя единую и законченную систему писаного права и „как будто“ не считается ни с каким другим доводом обязательности, как с одним только „палочным аргументом“ (argumentum baculinum), выраженным в форме самого грубого принуждения. Подобный факт настолько слепит глаза, что при этом совершенно забывают и о пресловутом общественно-демократическом характере новой власти, и об англо-саксонских примерах одновременного существования нескольких форм права, лишенных непосредственного государственного принуждения (право соглашений), и о так называемом общественном элементе как в правотворчестве, так и судоговорении. В последнем случае мы говорим, конечно, о „компромиссе“ правовых воззрений в рамках парламентской говорильни и об участии суда присяжных в толковании права— на континенте лишь по уголовным, а в странах англо-саксонской культуры и по гражданским делам. В этом отношении для марксистов, как мы полагаем, должны быть достаточно авторитетными и те слова Энгельса, которыми он ответил на теорию насилия Дюринга.

Для нас важна теория, отрывающая государство или, вернее, государственную власть от права в другом отношении. В дореволюционную эпоху это был, бесспорно, шаг, направленный бессознательно против святости государственного порядка, как порядка правового, во что бы то ни стало. Ведь надо же считаться с тем воззрением, которое безвозбранно господствовало в буржуазных государствах и так ярко вылилось в теории Иеринга. Напомним, что этот писатель, выходя из противоположения древнего самоуправства— упорядоченной защите права в древнем мире и определив право, как защищенный интерес, очень скоро перенес центр тяжести всего вопроса именно в эту защиту. Таким образом получилось, что наиболее защищенное право стало истинным правом, а так как лучше всего сумела защитить нужное ей право государственная власть, то и оказалось в результате всего, что существование права не только зависит от государства, но и целиком устанавливается им. Отсюда один только шаг к тому, чтобы отождествить целиком право и силу, право и государство. Таким образом, все, что носило на себе печать государства, тем самым превращалось в право, и притом единственное и монопольное. Наличность такого одного права, основанного на государственном принуждении, само собой совершенно устраняла возможность какого бы то ни было права вне государственного законодательства а, следовательно и такого права, которое бы

рождалось в среде угнетенных общественных классов и отражало их стремление к равенству. Сведение всего правового творчества исключительно к актам государственной власти являлось в виду сказанного одним из наилучших средств утверждения данной власти и параллельно с этим ослабления протеста и противодействия угнетенных, поскольку такая борьба могла выражаться в требованиях классового права крестьян или рабочих.

Наоборот, устранение теории насилия или в смягченном виде теории полного отождествления права и власти могло сыграть и некоторую революционную роль. Ибо, если право не есть только кулак стоящего за спиной государственного аппарата общественного класса, то в таком случае оно может быть сделано орудием борьбы за новое революционное право против права угнетателей или эксплоататоров. Против права вотчинного землевладения в свое время было действительно выставлено крестьянское право восставших масс. В период подготовки пролетарской революции невольно возникал вопрос о том, не может ли и пролетарское право, как выражение классовых интересов рабочих, быть использовано в качестве могущественного орудия против крепости буржуазного права и таким образом обосновать, в отличие от чисто формального равенства естественного права французской революции, новое, хотя бы интуитивное, право пролетариата с его основным лозунгом равенства экономического и социального. Недаром Энгельс в своем Анти-Дюринге подробно остановился на „пролетарском требовании отмены классовых различий", которое „опиралось на буржуазном учении о равенстве". Вот почему в известной степени идеалистическое воззрение названных выше правоведов и, кстати отметим, целого ряда анархистов могло иметь революционное значение и в анархических теориях приобрело в действительности последнее. Лишнее здесь упоминать, что целый ряд анархистов, стремящихся к уничтожению государства и классового неравенства, в то же самое время настаивал на необходимости сохранения права в будущем обществе, где оно должно было непосредственно стать порядком свободных договорных отношений.

Значительно более ценным в предреволюционном разрушении буржуазного правопорядка было учение так называемой „психологической" школы. Впрочем, надо отметить, что возникновение ее имело действительно революционный источник. Ведь основателем этой школы должно считать никого другого, как фейербахианца Людвига Кнаппа, сделавшего то же в юриспруденции, что Фейербах сделал для религии. Подобно последнему, Кнапп свел право к чисто материальной основе и формулировал ее как интересы рода. Право, по его теории, является

лишь своего рода юридической надстройкой или, как он выражается, „растительностью“, долженствующей создать необходимый для человеческого рода и его интересов аппарат действия. Такой аппарат и образуется при помощи физиологической природы человека, где имеется на-ряду с мышлением созерцающим—другое мышление, непосредственно раздражающее нашу мускульную систему и таким образом производящее то, что мы называем действием. И вот, под давлением потребности в лучшей и высшей организации действия, направленного в интересах рода, создается целая система фантастических представлений, играющих роль специальных раздражителей, которые усиливают мотивацию действий в тех случаях, когда замедление и опущение действия грозит интересам рода. Так рождаются не только чудовища религиозной фантазии, но и всевозможные правовые „фантазмы“, а говоря современным языком, идеологии, которые и дают добавочное раздражение, необходимое для точности и постоянства указанных действий. Так в конце концов создается целая „фантастическая растительность права“, которая приобретает самостоятельное существование, и как раз задачей философии права является разоблачение его фантастического характера и выявление связи с материальной средой. В результате, учение Кнаппа о праве сводит его к идеологической надстройке „фантазм“, являющихся в свою очередь не чем иным как аппаратом, приспособляющим физиологическую деятельность человека к наиболее общим потребностям человеческого рода.

То, что в свое время заметил Маркс, а за ним Энгельс по адресу Фейербаха, может быть, конечно, без особенной натяжки применено и к учению Кнаппа о праве. Но должно отметить, что насколько Фейербах, получил в свое время признание его заслуги, постольку же Кнапп должен быть отнесен в разряд непризнанных и далеко неоцененных предшественников материалистического учения о праве. До сих пор его замечательная книжка не переведена на русский язык. И если автор настоящих строк в свое время напомнил о нем русской читающей публике, то только потому, что представитель новейшей психологической школы, проф. Петражицкий, обнаружил в некоторых моментах своего учения слишком большое сходство с учением Кнаппа. Теория Петражицкого являет собой чрезвычайно интересную попытку нового обоснования права при помощи привлечения данных естествознания и современной психологии. Эта теория носит резкий отпечаток стремления идеализировать право в качестве самостоятельного организационного и воспитательного средства в истории человечества. Праву, с этой точки зрения, присуща некоторая независимая жизнь и развитие, коренящиеся в человече-

ской психике и ведущие в конце концов к некоторому царству всеобщего умиротворения и любви. С этой стороны мы имеем обычную буржуазную конструкцию, облекающую покровом гармонии и прогресса существующий порядок. Совершенно в духе учения Иеринга, врагом которого Петражицкий является, он смешивает власть и право и, по существу, несмотря на всю свою критику Иеринга, отождествляет второе с первым. Момент „императивной атрибутивности", который Петражицкий считает характерным для права, совершенно в такой же степени способен покрывать собой отношения власти и подчинения, как правовое отношение. К величайшему вреду теории Петражицкого сказалось и общее влияние на него индивидуалистической стороны буржуазного права, принимающего в качестве исходного субъекта права не коллектив, а пресловутую „личность" или „индивида". Совершенно были обоснованы поэтому упреки Петражицкому в „солипсизме", ибо действительно вся его психология, из которой он исходил, была психологией не общественного человека, а некоторой отдельной, взятой в себе самой, человеческой личности.

На основании сказанного видно, что Петражицкого меньше всего можно причислять к революционерам. Однако поскольку этот юрист встал на точку зрения психологии и отчасти дарвинизма, постольку же он, помимо своей воли, во многом проточил самый фундамент догматической и практической юриспруденции. Говоря о праве, как о переживании, он прежде всего не мог не разрушить великого предубеждения о сознательности и разумности правовых образований. В этом отношении он был совершенно прав. Ибо право, как показывает современная наука, ничем не отличается с этой стороны от других произведений пресловутого „духа": оно в такой же мере — если даже не в большей, чем другие отрасли идейной или идеологической формы является порождением бессознательного приспособления к среде, или, говоря термином Петражицкого, эмоциональной жизни человека. Благодаря такому пониманию права с него окончательно был совлечен блестящий костюм сознательности и рациональной чистоты, каким оно было облечено еще со времен естественного права и великой французской революции. Во-вторых, исследуя право в качестве личного переживания, Петражицкий, несмотря на всю свою чрезвычайную осторожность, не мог целиком остаться в рамках изолированного индивида, но так или иначе был принужден поставить его в связь с окружающей средой, а следовательно, и поставить вопрос об отношении между психическими переживаниями и хозяйственными условиями, которых из действительности никак вычеркнуть было нельзя. Но раз дело обстояло так, то возникал и дальней-

ший вопрос об отношении между правовой идеологией или „фантазмами“ и той средой, которая их порождала. Здесь Петражицкий, так или иначе приблизился и к учению Кнаппа. Наконец, в-третьих, учение этого мыслителя привело и к полному расхождению с воззрениями официального и господствующего правопорядка. С психологической точки зрения он не мог уклониться от признания того факта, что право может находиться, а частью и действительно находится совершенно вне рамок тех форм, которые дают положительное право той или иной страны. Психологический анализ права заставил его притти к убеждению, что, помимо наличности положительного или даже официального права, имеются громадные области права, которые ни в какие ни обычаи, ни кодексы не включены. Мало того он должен был притти к заключению, что имеется налицо не только какая-то идеальная или отвлеченная справедливость, но самое настоящее право, названное им интуитивным, отличающееся всеми чертами подлинного права как такового.

В виду того, что данная теория Петражицкого имела известное значение и для пролетарской революции, мы остановимся на этом пункте несколько подробнее. По учению этого юриста интуитивное право имеет индивидуальный изменчивый характер, оно определяется особыми условиями жизни каждого человека, его характером, воспитанием, социальным положением, профессией, знакомствами и т. п. Отсюда необходимый переход к социальной среде. Общность указанных условий необходимо ведет „к наличности в большей или меньшей степени согласия интуитивного права“ отдельных людей. „Так рождается право данной семьи, кружка, круга общества, класса и т. п. И по мере того, как интуитивное право захватывает все более и более широкие круги, оно становится более сильным и господствующим в данной среде“. Это право, однако, сохраняет свои своеобразные черты. „Это право — гибкое и разнообразное; его решения свободно сообразуются с конкретными индивидуальными обстоятельствами случая, данной комбинации“. Оно развивается „закономерно, постепенно, не подвержено фиксированию и окаменению“. Оно „не зависит от чьего бы то ни было произвола“. Такая связанность интуитивного права с непосредственными условиями среды придает ему и особый характер. Право, незнающее момента своего рождения, представляется вечным, не нуждающееся в силе для своего бытия, оно кажется высшим; отвечающее жизни и идущее вместе с нею шаг за шагом, оно получает ореол нормального и непогрешимого. Отсюда „высший ореол, высший ранг интуитивно-правовых норм, значение их, как высшего масштаба и критерия для оценки позитивных норм, для порицания их в случае несоответствия их содержания“ и т. д. „Не трудно

убедиться, говорит Петражицкий, что фактически интуитивное право играет весьма большую и существенную роль в качестве фактора индивидуального поведения и массовых, социальных, экономических и иных явлений; в обширных областях социальной жизни оно играет более важную и существенную роль, чем позитивное право“. Таким образом „фактическою основою социального правопорядка и действительным рычагом соответственной социально-правовой жизни является в существе дела не позитивное право“, а право интуитивное. (Моя книга „Теория Петражицкого, марксизм и социальная идеология“, Спб., 1908 г., стр. 77—79.)

Некоторые из товарищей и сейчас еще ставят мне в вину то серьезное внимание, с которым я отнесся к учению о психологии права Кнаппа, а затем к теории интуитивного права Петражицкого. На этом основании многократно меня возводят на положение опасного идеалиста и психологиста, который, дескать, отказался от понятия классового права и целиком попал в сети буржуазных юристов. В ответ на это мне приходится прежде всего установить печальный факт, что большинство моих критиков или совершенно не читали моих произведений, или же весьма мало в них поняли. Между тем дело обстояло как раз наоборот. Как видно из вышеприведенного учения об интуитивном праве Петражицкого, он менее всего стоял на открытой классовой точке зрения, и если я могу считать за собой известную заслугу в области марксистского правоведения, то как раз ту, что учение об интуитивном праве Петражицкого я переработал в том смысле, что поставил его на марксистское основание, и таким образом у меня получилось не интуитивное право вообще, которое могло там и здесь давать индивидуальные формы, приспособленные к известным общественным условиям, а самое настоящее классовое право, которое в виде права интуитивного вырабатывалось вне каких бы то ни было официальных рамок в рядах угнетенной и эксплоатируемой массы. И только потому впоследствии мы могли использовать „революционное правосознание пролетариата“ для обоснования деятельности нашей революционной юстиции, лишенной вначале каких бы то ни было позитивных норм.

Вот что я писал почти за десять лет до Октябрьского переворота. „Когда перерастают производительные силы тот или иной способ производства, когда последний становится для них — давящим тормозом и цепями, тогда под покровом существующего традиционного права рождается интуитивное, порою долго растет в бессознательной тиши, наконец, как существующее действующее реальное право, определяющее психику данного класса, приходит в столкновение с правом

позитивным, в частности официальным, и на этой почве борьбы двух прав разыгрывается трагедия бунта и усмирений, революции и поворота вспять. Каждый класс становится под знамя своего права, класс угнетающий цепляется за авторитет традиционных символов, идей и государственной практики, восстающий класс опирается не на соображения исторической необходимости, или на социологические законы, а на требования „справедливости", которая обосновывается и философски, и морально, и исторически... И чем дальше идет процесс разрыва между позитивным правом и жизнью, чем больше интуитивное право захватывает новые области в народном сознании, тем более обостряется позитивная фантазма и уходит на высоты самодовлеющей и абсолютной идеи... И опять борьба между правом революционным и правом положительным, а интуитивное право подымает свое знамя против гнета, произвола, эксплоатации и тирании старого отжившего порядка". (Моя „Теория Петражицкого, марксизм и социальная идеология", стр. 159—160, 161; ср. также главу об „Идеологических переворотах" во 2-й части моего „Государства" в I изд., стр. 61 и сл., где подробно рассматривается использование правовой идеологии во время революционной борьбы.)

Тов. Стучка несколько раз указывал в печати на крайне нежелательное с его точки зрения использование учения Петражицкого об интуитивном праве для обоснования ссылки революционных судов пролетариата на „революционное правосознание". Тов. Стучка здесь неправ уже потому, что непосредственно взятая как таковая теория Петражицкого не могла никоим образом годиться для обоснования интуитивного классового права, специально права революционного. Но после того как понятие интуитивного права было переработано в понятие интуитивного классового права, такая ссылка стала не только возможной, но и необходимой. За обращение к интуитивному праву в первые дни революции тов. Стучка обвиняет особенно тов. Луначарского, который пропагандировал эту идею. Однако я должен здесь заступиться за тов. Луначарского. Вину последнего в значительной степени должен я взять на себя, так как именно мне пришлось в беседе с ним, во-первых, подтвердить выдвинутую им необходимость организации революционной юстиции, а во-вторых, указать на то обстоятельство, что, согласно данным современной науки, революционное право уже есть и существует, несмотря на то, что никакое законодательство его еще не закрепило. Это, как выяснил я тов. Луначарскому, со ссылкою на некоторые научные материалы, было интуитивное (или захватное) право наших революционных масс, которое в качестве классового права восставших, содержит в себе всю полноту надлежа-

щего правосознания. Тов. Луначарскому принадлежит большая заслуга, что он сумел провести эту идею при поддержке тов. Ленина. И у нас появился знаменитый отныне „декрет о суде“, в котором предлагалось, за отсутствием новых кодексов и законов, следовать в судебных решениях велениям революционного правосознания. Как известно, обращение к интуитивному праву революционных масс великолепно оправдало себя. Это послужило основой нашего правопорядка со всеми его особенностями и классовым принципом.

Приходится сделать и еще одну поправку к утверждениям тов. Стучки. И это относительно того обстоятельства, что будто бы в истории правоведения ему первому удалось совершить крупное научное открытие, установить классовый принцип права и этим, что называется, обосновать марксистскую науку о праве. Как мы уже могли убедиться из обзора даже буржуазной литературы, классовый принцип в праве, как и во многих других областях, был открыт не тов. Стучкой так же, как по признанию Маркса и Ленина он был открыт вообще не ими, но задолго до них буржуазной наукой. И если автор настоящих строк выдвинул учение о классовом интуитивном праве, то только потому, что перед всяким марксистски-мыслящим юристом, тогда, перед революцией, стоял очень важный вопрос о том, какую роль может сыграть право вообще в борьбе пролетариата за власть и не следует ли в частности пролетарской партии обратить внимание на социальное значение права, которое по своей идеологической и психологической природе обладает некоторыми чертами чрезвычайно мощной и бурной реакции. Эта мысль была тем более обоснована, что уже Иеринг показал нам в своей „борьбе за право“, какой боевой момент лежит в природе права, а затем и Петражицкий совершенно правильно отметил мощный характер боевых эмоций. Впрочем их предшественником является здесь бесспорно упомянутый мною Кнапп, который твердо установил, что в отличие права от морали, „раз только кто-нибудь в форме правопритязания требует хотя бы лишь ценности ломаного гроша, то это требование — иначе оно не было бы правовым — существенно связывается с обращением к объективной силе, которая может вытекать из власти судьи или из самоуправства сторон“. Право, таким образом — „будет ли оно кем-нибудь оспариваемо или не подвергается спору, разрешается ли вопрос о нем ножами при потоплении корабля, идет ли о нем дело среди уличных боев революции или в перипетиях всемирной войны, разрешается ли спор, наконец, в соседской беседе, третейском разбирательстве или в судебном зале — оно всегда содержит вместе со своим бытием призыв к объ-

ективной силе, которая должна обеспечить носителю права внешнее или, иначе, мускульно-переходящее признание". (Моя „Теория Петражицкого", стр. 80.)

Вот почему мною даже был поставлен вопрос о необходимости использования правовой мотивации, как одного из революционных орудий масс, и я писал: „Правовые эмоции отличаются характером требовательности, насильственного осуществления своих прав, боевой их защиты, беспощадной мести за их нарушение. Правовая психика есть психика борьбы и опасных разрушительных столкновений; неисполнение обязательства со стороны обязанного сознается другой стороной в качестве положительного ущерба, посягательства, жестокой обиды, причиняемого человеку зла. И подобное сознание действует чрезвычайно сильно и резко на правовое чувство, на этой почве рождается широкое заражение гневом и негодованием за попранное право у окружающих людей, и мы видим картину коллективного взрыва мести и ненависти, которые направлены против преступников, нарушителей права". Такая социальная сила не могла быть оставлена без использования, и не без основания поэтому я ставил вопрос о правильности полного пренебрежения марксистских писателей к вопросам права и указывал на опасности такого пренебрежения, так как „тот самый марксизм, который больше всех был заинтересован в разлучении государства и права, прямой задачей которого, казалось бы, было создание нового права в противоположность официальному государственному закону, — готов был в тон государствоведам (буржуазным) смешать государство и право, как нечто необходимо и неизбежно связанное друг с другом. Раз государство является одной из форм организации имущих классов, направленной против неимущих, то и все право, как один из неизбежных союзников государства, оказывается как будто запятнанным тою же самой эксплоататорской целью". Против такого отождествления права и эксплоататорского права я протестовал тогда всеми силами, ибо полагал, что у революционных масс имеется свое классовое интуитивное право, которое должно лечь в основу его будущего господства. (Моя „Теория Петражицкого", стр. 159—160, 14—15.)

В своем стремлении дать пролетариату в руки новое революционное и организационное средство в 1908 году я, возможно, шел несколько далеко и по закону: действие равно противодействию — преувеличивал значение правового момента. Но мои упреки были в том смысле справедливы, что действительно, как впоследствии показала наша революция, и правовые требования пролетариата и революционное право крестьянства были в значительной степени про-

явлением стихийного процесса, далеко не в достаточной степени организованным, который юридически осознавался значительно после своего фактического выявления. Что же касается якобы моего идеалистического отношения к праву и желания противоставить право в качестве какого-то священного идеального принципа, то на это отвечу, что мне достаточно рано стала ясна идеологическая структура правовой надстройки, а это заставило меня тогда же выяснить все опасные стороны чрезмерного увлечения правовым началом. И если уже в 1912 году я определял право как идеологию, которая „опирается в нашем сознании прежде всего на понятие правды, справедливости и равенства в распределении и уравнении между людьми и вещами" („Государство", часть 2-я, изд. 1-е, стр. 51), то в работе, которая была написана перед революцией и не по моей вине вышла только в 1918 году, я уже отметил основные черты права с его высшим критерием „справедливости". Я тогда же указал на „наиболее чистую формальную природу" правовой идеологии в отличие от начала целесообразности. Я подчеркнул то обстоятельство, что „справедливость обладает априорным (самодовлеющим) и всеобщим характером, который позволяет ее делать исходным пунктом для абсолютных категорических суждений". Точно так же была выделена основная функция правовой идеологии, ее „разделительная и распределительная, а вместе с тем и ограничительная роль", так как „справедливость и заключается в том, что она уравновешивает и вознаграждает, равным дает равное, неравным — неравное, подсчитывает и наказует". В то же время мне была уже совершенно ясна безмерная гибкость этого формального абсолютного принципа, который мог все что угодно обнять своим „разделением", ограничением и распределением". Точно так же была ясна мне и зависимость самого уравнения от подстановки любого мерила или мерки, так что „весь вопрос здесь сводится к тому, с какой точки зрения и в каком отношении важна справедливая оценка. — Что справедливо с одной точки зрения, может быть несправедливо с другой". („Государство", изд. 2-е, ч. 1-я, „Идеология и метод", стр. 132 — 137.)

Впоследствии, в своих дальнейших работах, я еще дальше пошел в анализе этой безмерно гибкой и двусмысленной идеологии, которая именно благодаря такому своему свойству оказывается в состоянии освятить принципом справедливости самые противоположные классовые интересы, и притом при помощи вполне „справедливой" справедливости. В литографированном курсе лекций, который я читал в 1918 году в тогдашней академии генерального штаба Р.К.К.А., я подробнейшим образом выяснил различные типы классового права, которые были построены

при помощи одной и той же святой и нерушимой справедливости, но так как под нее были подставлены различные классовые интересы, то и справедливость эта приходила к радикально противоположным выводам. В одном месте она оправдывала крестьянский коммунизм и мужицкое право на землю, в другом — крепостническую власть барского благородства, в третьем — буржуазное господство плутократии или эксплоататора-капиталиста, а в четвертом — с такой же легкостью смогла принять в качестве мерила равенства и распределения трудовое начало и соорудить превосходнейшую пролетарскую справедливость. Там же в лекциях я энергично предостерегал моих слушателей против того увлечения правовым принципом, которое вытекало из самой природы буржуазно-капиталистпческого хозяйства и покрывало сенью справедливости самые гнусные и возмутительные проявления классового гнета, национальной ненависти и колониального грабежа. (Сравни мои лекции, изданные академией под названием „Основы Советской конституции", М. 1918 г., стр. 139 — 150.) И лишь продолжением такой довольно жестокой критики правовой идеи являются параграфы моего не так давно изданного курса под названием „Государство буржуазии и Р.С.Ф.С.Р.", где я касаюсь специально права в двух местах. Во-первых, там, где я говорю специально о правовой идеологии (§ 16) и, во-вторых, о Советах и революционном порядке (§ 34). В первом отрывке я лишь развиваю далее научно учение о правовой идеологии, данное выше, а во втором дается сопоставление политики и права, начал целесообразности и справедливости в нашей революционной действительности, а также отмечается область применения правовой идеологии в Республике Советов. (Мое „Государство буржуазии и Р.С.Ф.С.Р., М. 1923 г., стр. 101 и сл., 299 — 304) [1]).

Я считал бы однако свою задачу невыполненной, если бы не проследил в то же самое время **различных форм права в их исторической последовательности.** Поэтому уже в моем „Государстве" (в 1-м издании—1911 г.) я остановился не только на характеристике права вообще, но в связи с развитием государственных форм — абсолютизма, конституционного государства и буржуазной демо-

---

[1]) Совершенно непостижимым для меня обстоятельством является тот факт, что мои критики, которые весьма охотно ссылаются на некоторые случайно выхваченные места из моего наиболее раннего труда, посвященного праву, оказываются совершенно неосведомленными о целом ряде моих других произведений, которые складывались столь же под влиянием теоретического интереса, как и реальной обстановки нашей революционной действительности. Обычно для критики требуется хотя бы элементарное знакомство с трудами того, кого ей подвергают. Наша новая марксистская юриспруденция освобождает себя от этого неприятного занятия. (Ср. мою статью о „Пролетарской Конституции" в „Вестнике Жизни", № 2, 1918 г.)

кратии — дал анализ правовой системы, поскольку она входила в состав государственной организации. Эта работа опять-таки была проведена на классовой основе, и я старался возможно внимательнее проследить тот междуклассовый „компромисс“, который подавляющую массу прав отдавал то в руки феодалов, то буржуазии и лишь в некоторых случаях уделял своеобразные права „равенства“ угнетенным классам. Подобная же работа была мною проделана и в труде, вышедшем почти через 12 лет после первого — в моем „Государство буржуазии и Р.С.Ф.С.Р.“.

В последнем я исследовал отношения права и факта в абсолютном государстве, при чем еще более подробно и остро выдвинул классовый момент. Там же мною было подчеркнуто значение частной собственности в различных ее классовых формах, специально же на континенте и в Англии. В параграфе, посвященном „правовой системе конституционного государства“, мною была внимательно освещена связь между системой частной собственности и принципом разделения властей. Наконец, в параграфе о „правовом строе демократии и правах гражданина“ мною была отмечена опять-таки роль собственности, которая есть не что иное как „истинная и подлинная конституция буржуазного народовластия“. (Мое „Государство буржуазии и Р.С.Ф.С.Р.“, часть 2-я, §§ 20, 24, 27, стр. 139 — 147, 171 — 180, 207 — 213.)

Таким образом как будто говорить о недостатке классового изучения права не приходится. Наши марксисты, впрочем, совершенно не интересовались вопросами права и правовой идеологии, несмотря на то, что и сама революция и последующая затем эпоха военного коммунизма ставили в высшей степени важные и серьезные вопросы об отношении пролетариата к праву. Что касается предреволюционной эпохи, то здесь было полное молчание, и в лучшем случае беспрепятственно царили самые грубые воззрения буржуазной теории о тождестве права и власти, о едином источнике — всякого настоящего права в виде государственного закона, о полном совпадении права и силы и т. п. Марксистская теория в этом отношении столь же отставала от действительности, как и всякая другая, и мы должны были ждать до 1917 года появления теории Ленина о государстве, который сумел оторвать для этого часть своего драгоценного времени; что же касается права, то так как, к сожалению, Ленин этому вопросу посвятил всего несколько строк, то у нас в партии правоведением занялись не раньше, как военный коммунизм сменился так называемой новой экономической политикой. Таким образом первые годы нашей революции с ее изумительной революционной и организаторской деятельностью прошли почти бесследно для теоретического обозначения правовой сферы и ее задач, так же как

для определения подлинных характерных черт нового действительно классового и пролетарского права.

А между тем победа революции дала совершенно исключительные материалы не только для практического построения права, но и для теоретической революции в области правовой науки. Нельзя прежде всего не отметить в первое время того громадного преобладания экономической и технической деятельности над правовым регулированием, которое явилось результатом такого же преобладания напряженной политической и административной работы над примирением взаимно друг друга отрицающих интересов. Отсюда удивительная трезвость и реальность принципов и планов, установленных почти исключительно на основе целесообразности, но не справедливости или формальных начал отвлеченной власти. Мы можем поэтому наблюдать здесь, с одной стороны, громадную остроту научного учета, а с другой—техническую законченность необычайно дерзких и широких мероприятий. И если еще в это время мы не находим того единства и братства, которые являются признаком совершенного коммунистического строя, то тут во всяком случае мы имеем громадное и непосредственное участие пролетариата в строительстве Советов, так что можно сказать без преувеличения, что революционные массы осуществляли максимум революционной самодеятельности и самоуправления. Наиболее значительные акты, которые проводились в это время, были или обнаружением живой диктатуры пролетариата, следовательно проявлением целесообразной политической деятельности, или мероприятиями социалистического хозяйства, подчиненного высшей и единой цели создания целостного хозяйства на основе национализированных банков, путей сообщения, фабрик, заводов, лесов, земельных недр и земли вообще.

Поскольку в этот период шла речь о праве и правовом порядке, он представлял собою наиболее чистое воплощение социалистического мировоззрения, как оно сложилось среди пролетариата и крестьянства. Трудовая повинность с одной стороны и трудовое землепользование с другой — таковы были важнейшие воплощения социалистического равенства, дополненного с другой стороны соответственным участием в пользовании продуктами питания и широкого потребления, которые распределялись пропорционально трудовой ценности каждого гражданина в стране Советов. Поскольку же линия классового господства и в это время проходила по резкому рубежу между трудящимися и остатками раздавленного класса буржуазии, постольку же и здесь была чрезвычайно отчетливая граница между упраздненным правопорядком старого капиталистического общества и возникающим строем

переходного социалистического периода. Неравенство, сложившееся на этой основе, опять-таки не было до конца и целиком юридическим. Напротив, здесь откровенно и прямо выступали друг против друга две стороны, и не нужно было находить какую-то общую справедливость, которая бы уравняла в призрачном равенстве фактически не только не равные, но глубоко друг другу враждебные группы. Вместе с тем с исключительной яркостью складывалась идеологическая противоположность между двумя системами мировоззрений, между которыми, казалось, не было ни перехода, ни примирения: на одной стороне было формальное равенство частной собственности с ее будто бы свободным договором и не менее добровольным порабощением одного воле другого, на другой — диктатура пролетариата с ее системой последовательного коллективизма, всеобщим законом экономической необходимости и реальной свободой овладения и пользования средствами производства.

Вот почему это время отличалось особыми чертами и в идеологическом отношении. И когда мы в эту эпоху писали наши декреты и постановления, то мы, как бы следуя старинному завету античного политика, снабжали наши законы не столько угрозой принуждения, сколько агитацией и пропагандой, которые требовали добровольного подчинения. Там, где нужно было, мы действовали беспощадно железной рукой, но мы не превращали диктатуры пролетариата в какой-то фетиш, сходный с европейским суверенитетом, обладавший всеми свойствами господа бога. Нет, мы были прежде всего политиками и администраторами и уже на втором плане, а, может быть, на третьем, юристами. Поэтому, когда мы преобразовывали высшую школу, то мы ставили на первый план не юриспруденцию, а общественные факультеты, самые же предметы высшей школы (как это было вначале в Социалистической Академии и университетах) обозначали не как беспрерывную сеть всевозможных „прав“, но как „политику и право“, „управление и право“, „законодательство и управление“ и т. п. Так у нас получались предметы „земельная политика и право“, „политика труда и право“, „финансы и финансовое право“ или же просто „публичное хозяйство“, „социалистическая экономика“, „национальная политика и право“ и т. п. Везде в этих случаях законодательство принималось прежде всего как организующая или техническая деятельность, которая лишь в незначительной своей части облекалась правовыми нормами. Можно сказать, что тут мы весьма близко подошли к некоторому научному перелому и на первый план выдвинули экономику и управление, и лишь на третий право. Можно было действительно надеяться, что мы для нашего права найдем какие-то новые пути, и классовое

пролетарское право в Республике Советов получит иное выражение, нежели то было в государствах буржуазной культуры.

Случилось однако иное. Республика Советов, после военного коммунизма, перешла к формам государственного социализма с предоставлением известной сферы действия частному капиталу. Беспощадную борьбу и подавление пролетариатом буржуазии сменило известное сожительство этих двух классов, при чем в интересах мелко-буржуазных и крестьянских масс была установлена известная терпимость по адресу даже крупной буржуазии, и в качестве регулятора экономических отношений был допущен торговый оборот, хотя и с сохранением монополии за государственной промышленностью и внешней торговлей. Этот экономический поворот оказался решающим для нашей юридической мысли. И если до этих пор мы находим полнейшее равнодушие к вопросам общей теории права, то теперь, наоборот, сразу, словно из-под земли, вслед за книжкою тов. Стучки посыпался целый град произведений, посвященных новому „марксистскому“, „революционному“, „классовому“, и „пролетарскому“ праву. Наиболее характерной чертой этих брошюр и книжек является резко выраженный идеологический характер. Строятся они в подавляющей массе по типу не научного исследования, а весьма подчас рискованного комментария к тем отрывочным положениям о праве, которые более или менее случайно разбросаны в произведениях Маркса и Энгельса, при чем за немногими исключениями совершенно игнорируется или перетолковывается основное учение марксизма о праве—о его идеологическом характере. Но цель этих произведений выясняется сразу — это стремление во что бы то ни стало одеть диктатуру пролетариата и республику Советов в благоприличное одеяние буржуазно-подобного права.

Вся эта литература, за немногими исключениями, пошла по старому, испытанному, буржуазному пути. И подобно тому, как в этоху расцвета капиталистической государственности высшим достижением всех ее официальных идеологов была полная подмена права государством, а правовой нормировки велением власти, точно так же поступили и здесь якобы марксистские авторы, которые, игнорируя с одной стороны факты, а с другой—подлинную марксистскую теорию права, отождествили диктатуру пролетариата с пролетарским правом и сделали отсюда все надлежащие выводы. Во-первых, право было целиком заменено государственным приказом, велением или декретом. Во-вторых, так как государственная власть в союзе была единой, то и все право было объявлено целостным и единым. В-третьих, классовая теория права была понята не в том смысле, что каждый общественный класс творит и

несет в себе свое классовое право, а в том, что классовое право есть только право господствующего класса, что же касается права класса подвластного и подчиненного, то это право было объявлено ничтожным и несуществующим. В-четвертых, таким образом, уцелевшее и воскресшее в Советской Республике буржуазное право было не только окрещено наименованием пролетарского, но „снабжено правами“ и прямо зачислено в ранг истинно пролетарского классового права. В-пятых, в виду сказанного государственный и общественный порядок Советов не только оказался утвержденным „всерьез и надолго“, но и облеченным в двусмысленную оболочку права с его тенденцией к крайней косности и скрытому моральному освящению. В-шестых, этим сделано дело чрезвычайного идеологического облагорожения и идеализации существующего нэповского порядка с его крупными отрезами частно-капиталистического хозяйства. И, наконец, в-седьмых, так как подобная „теория“, а по существу самая идеологическая идеология оказалась противоречащим фактом существования первобытного права, обычного права, множественного классового права и правового сознания (естественного или интуитивного права), то все эти области права были одним махом уничтожены или переведены в разряд не имеющих никакого юридического значения „нравов“ и бытовых „обычаев“.

Нужно отдать справедливость нашей молодой юриспруденции. Во всех своих указанных подвигах она достигла такой степени идеологической идеализации и связанного с нею искажения и извращения действительности, что воистину лишь безмерная смелость или непонятная надежда на полную безнаказанность и отсутствие критики могли вдохновить наших идеологов на такое изумительное извращение науки и марксовой диалектики. Впрочем, такого рода поворот я уже предвидел в одном из своих ранних трудов. Правда, я никогда не мог думать, что этот поворот, типичный для старых классовых обществ, найдет себе пророков после октябрьского переворота. Но, так как факт налицо, и некоторые из наших товарищей решили одеть диктатуру пролетариата в ржавые латы старого буржуазного права под видом пролетарской блузы, то я считаю необходимым привести ту страницу из моего „Государства“, где изображены почти тринадцать лет тому назад факты, которых мы теперь до известной степени являемся свидетелями. Предупреждаю, мною в данном случае изображена типичная буржуазная революция. И тем хуже, если мы находим известные черты сходства между нею и той идеологической работой, которую проделывает сейчас наша юная юриспруденция.

Вот эта страница: „Каждая революция приводит, таким образом, к необходимости нового компромисса. Компромисс этот нужен и по отношению к старому режиму и по отношению к требованиям народных масс. На штыках усмирения вечно сидеть нельзя; задача каждой новой государственной идеологии состоит ведь как раз в том, чтобы водворить некоторое сотрудничество, мир и гармонию в среде враждующих друг против друга классов. Эта цель достигается при помощи весьма разнородной деятельности; прежде всего на язык победившего класса переводятся идеологии всех остальных общественных групп, с которыми приходится установить отношения сотрудничества. Их интересы, таким образом, воспринимаются в общую легальную идеологию и получают официальное признание. Но вместе с тем производится резкое разграничение между законным и незаконным, между признанным и непризнанным. Поскольку первое одно имеет право на существование, охрану и свободное развитие, постольку второе ставится под знак запрещенного и недопустимого, подлежащего пресечению и предупреждению. Нечего и говорить, что с заменой старого права новым законом теряет всякое значение так называемое естественное или интуитивное право, которому отводится весьма подчиненная область индиферентных для государства отношений. Но, с другой стороны, происходит вторжение (закона) в область обычая, и здесь легализируется лишь то, что согласно с господствующей идеологией или, по крайней мере, для нее безразлично“.

„Общая идеология, охватывающая собой междуклассовый компромисс, по самому своему происхождению представляется весьма разнородной. И, несмотря на стремление перевести все идеологические фрагменты на один общий язык, это удается очень мало, так как все же требуется, чтобы каждая группа узнала и признала „свое“ в общем идеологическом комплексе. Отсюда весьма пестрый состав того мирного договора, который на идеологическом языке заключается между отдельными классами. Но единство общей работы требует и единства идейного плана. На этом основана та черта органических периодов в жизни народов, которая выражается в усиленном стремлении рационализации, кодификации и всякой подобной работы, стремящей оправдать и закрепить логически то, что исторически сложилось очень часто наперекор всякой логике. Этим путем под факт подводится фундамент мистического, эстетического или рационального мышления, он получает характер внутреннего единства и получает некоторую самостоятельную цельность, так как из системы не может быть выброшено ни одного звена без противоречия со стороны нашего организованного сознания. И если в древности слагались преимущественно системы рели-

гиозного законодательства, а в новое время революции увенчиваются гражданскими или политическими кодексами, то по существу для факта кодификации различие здесь невелико. И там и здесь как бы единая воля, проникнутая единой мыслью, охватывает свыше и наперед всю деятельность подлежащих объединению народов. Сотрудничество классов завершается идеологическим объединением". (Мое „Государство", изд. 1, ч. 2, стр. 69—70.)

Так дело обстоит в буржуазном обществе, где компромисс в первую голову устанавливается между отдельными группами господствующего класса, но, в интересах тех же господствующих классов, бросаются и некоторые фактические уступки эксплоатируемым классам, которые дополняются общим выгодным для масс подъемом хозяйства при переходе к новым производственным формам. В идеологическом отношении этот компромисс значительно переходит границы фактических уступок, так как имеет своей тенденцией обмануть эксплоатируемых при помощи призрачного компромисса в области права и тем обеспечить мирное сотрудничество эксплоатируемых на пользу эксплоататоров. Диктатура господствующего класса обнажает свои клыки только в период своей гибели и угасания. Во время своего торжества она держит их скрытыми под широковещательной оболочкой всевозможных принципов общего блага, благодетельного абсолютизма или демократических прав свободы. В связи с этим, нам становится совершенно ясен ход идеологического объединения общества, и, в частности, правовая идеализация, которая в сильной степени скрашивает острые углы подлинной классовой власти. Повторяем, так дело обстоит в классовом буржуазном обществе, и сравнивая его с нашим переходным порядком, конечно, необходимо сделать известные ограничения.

Прежде всего, конечно, мы не нуждаемся в такой степени в компромиссе с побежденной буржуазией, как это показано выше на примере самой буржуазии. Правда, компромисс существует, и он подтвержден неоднократно в наших официальных актах, сопровождающих организацию новой экономической политики. Но наш копромисс сохраняет ясно выраженный классовый характер и не нуждается ни в какой затемняющей или идеализирующей идеологии. Основным принципом у нас остается диктатура пролетариата и подход, основанный на целесообразности и технической организации. Отсюда, прежде всего, хозяйство, управление и соответствующая научная организация труда и постановка того же управления в связи с рабоче-крестьянским контролем. Следовательно, все же на первом плане диктатура и необходимая техника. Затем мы имеем наше законодательство, которое проводит очень твердую линию между социалистическим хозяйством и теми

островами частной инициативы и частно-капиталистического обмена, которые „всерьез и надолго“ должны поддержать нашу работу по восстановлению и расширению производства в условиях обширного крупно- и мелко-буржуазного окружения. Конечно, в этой области мы имеем серьезный запрос к праву и правовой регламентации; нельзя, однако, не отметить, что она довольно скромна, а главное дает очень ясную и определенную функцию. Казалось бы, на основании этого стремиться к какому-то расширению и преувеличению правового принципа, вплоть до покрытия им пролетарской диктатуры, нет никаких серьезных оснований. Чем же объясняется в таком случае наша „марксистская“ тяга к праву, ставшая родом недуга?

Мне могут возразить, что, дескать, намеченные определения права, по существу совершенно не меняют дела, так как под ними скрывается не что иное, как наши старые знакомцы: классовый интерес и диктатура пролетариата. И в самом деле, определим ли мы право, как „систему (или порядок) общественных отношений, соответствующую интересам господствующего класса и охраняемую организационной силой его (т.-е. этого класса)“, или мы провозгласим, что новое „право есть принудительные нормы, санкционирующие общественные отношения в интересах господствующего класса“ — для дела безразлично. И там и здесь на первом плане господствующий класс, его интересы и находящаяся в его руках сила принуждения. Эта же сила в Республике Советов называется диктатурой пролетариата. Вместе с тем, ни в том, ни в другом определении, так же как в ряде других совершенно не отмечена та специальная сторона, которая клала бы какое-то различие между „правом“ и государственным принуждением, т.-е. в данном случае, осуществленною в интересах пролетариата его „диктатурой“. И некоторые марксистские писатели ставят все точки на и, и прямо отождествляют право и силу в том виде, как последняя организована при советском строе. Отсюда может быть только один вывод: по существу нет никакой принципиальной разницы между правом и властью. Теория, — много раз провозглашенная буржуазными юристами, начиная с Гоббса и кончая Иерингом, а в последнее время в области идеологии и Кельсеном. Но раз обстоит дело так, то совершенно неизбежен вопрос — к чему же понадобилось право там, где имеется совершенно определенная и ясная формула диктатуры, и зачем правовая регулировка, раз мы имеем твердо осознанный классовый интерес и надлежащие технические способы для его осуществления. На это, увы, никто не отвечает... В лучшем случае нам рассказывают о правовой надстройке под буржуазным хозяйством в старом капитали-

стическом государстве, но отсюда не делается никаких определенных выводов. И мы остаемся попрежнему в полном недоумении: мы так и не знаем, нужно ли нам право, в какой степени оно нам нужно, и можно ли мириться с тем, что мы почему-то пролетарскую диктатуру и классовый интерес перекрашиваем в какие-то загадочные правовые образы и формы.

Для уяснения вопроса, позволю себе некоторую аналогию. Как известно, среди идеологических надстроек, унаследованных нами от буржуазного общества, имеется и так называемая религия. Подобно всем другим идеологическим надстройкам, она обусловлена известными производственными отношениями, и если она сравнительно крепко держалась в государствах капиталистического типа, вплоть до таких передовых стран, как Северо-Американские Соединенные Штаты, мы должны, как это делает Маркс, привести ее в необходимую связь и зависимость от условий современного хозяйства. Поскольку НЭП в настоящее время усвоил себе аппарат рынка и биржи, созданный буржуазией, казалось бы, нет и никаких объективных препятствий к тому, чтобы дать возможность существования и, может быть, развития религиозной идеологии под кровом советского строя. Во всяком случае, факт налицо, что религия, хотя бы на положении частного общества, существует у нас, а свобода исповедания и религиозного соединения пользуются у нас защитой советской конституции. Если стоять на той точке зрения, что по существу безразлично, в каких идеологических формах выражаются такие основные понятия, как классовый интерес, или диктатура пролетариата, то спрашивается, почему бы нам, на-ряду с правовым покрытием этих понятий, не допустить также и соответственного религиозного построения? Тем более, что образовавшаяся сейчас так называемая „живая церковь“ выработала, можно сказать, превосходный перевод на язык православия всех тех основных идей, которыми мы пользовались для революционного строительства [1]).

Вздорность и дикость подобного рода идеологической операции бросается в глаза. И если в некоторых местах

[1]) Это даже имело бы весьма пикантный и оригинальный вид. Диктатура пролетариата могла бы или великолепно быть осенена по старому монархическому образцу „божьей милостью“ или по швейцарско-американским фасонам освятиться „присутствием божества“. Наши народные комиссары, члены ЦИК и других учреждений приняли бы, в качестве легкого дополнения к своим мандатам, „благодать божью“, а советская „обрядность“, о которой еще недавно говорил тов. Троцкий, получила бы небольшую прибавку в виде хоругвей, икон и других „святых“ символов. Почем знать, может быть живая или иная церковь охотно предложила бы свои исповедальни в качестве скромного дополнения к работе наших контрольных комиссий и рабоче-крестьянской инспекции наподобие того, как она действо-

обширного Советского Союза бывали любопытные случаи создания коммунистической церкви и революционных таинств (например, одно время в Семиречьи), то это, конечно, были уродливые всплески одной могучей и чистой волны. И сейчас предложить такую религиозную идеологию для выражения пролетарских классовых отношений было бы настоящим сумасшествием. Ибо мы знаем слишком хорошо, что религиозная идеология является не только подделкой науки и техники, или прикрытием определенных классовых отношений, но она есть, сверх всего, сама по себе „опиум для народа", и заквашивать на этом опиуме наш советский хлеб значило бы тащить далеко назад нашу революционную телегу и наносить ряд тяжелых ударов крепости нашей организации. Так дело обстоит с религией. Но, когда мы говорим о праве, мы совершенно закрываем глаза на его историческую роль так же, как идеологическую природу. Мы слишком легко забываем, что праву присуща специальная функция в деле и междуродовых, и междуклассовых, и международных отношений.

Перед революцией я думал, что право могло бы быть использовано нами, как революционное оружие. В настоящее время, при наличности новой экономической политики и замедления мировой революции я склонен стать на противоположную точку зрения. Меня весьма страшат наши новые правовые увлечения, и я склонен возвысить свой голос в тех целях, чтобы предостеречь от безмерной юридизации наших порядков, даже на основе пролетарской диктатуры. Если право не „опиум для народа", то, во всяком случае, довольно опасное снадобье, обладающее в горячем состоянии свойствами взрывчатого вещества, а в холодном всеми признаками крепкого, иногда слишком крепкого, клея или замазки.

А между тем сейчас мы предаемся такой страсти к юридизации, которая во многом напоминает нарисованную мной выше картину деятельности буржуазных юристов после революции. Мы положительно тонем в море законодательства и бумажного правотворчества. У нас нет ведомства, где не нашли бы себе в изобилии приют старые буржуазные юристы, со всей их гибкостью юридической формулировки и страстью к законодательной схоластике. Исподволь и незаметно, бес-

---

вала в старину, а святейший римский отец в своей неизреченной милости отрядил бы членов конгрегации святой инквизиции для того, чтобы обучить нас чтению в душах. Завершением всей этой картины могла бы быть новая церковная милость, погибшие борцы за революцию были бы перемазаны в мучеников и святых, и, кто знает, сокровища святого духа оказались бы так изобильны, что из гробов погибших революционеров заструился бы елей, а у их останков начались бы чудеса... Нечего говорить, что церковь с готовностью объединилась бы с государством и пошла на скрепление наших декретов силой непогрешимого авторитета вселенских соборов, самое же уголовное преступление зачислила в разряд различных грехов с соответственным адским возмездием...

численными струйками, протекает в наш новый законодательный материал старый привкус торгового индивидуализма. Наш судебный аппарат, вполне нормально перешедший от первоначального „революционного правосознания“ к твердому процессу и материальному праву, не сумел найти правильных путей и ударился в крайность профессиональной юрисдикции. Наше высшее образование, с упразднением факультетов общественных наук, как будто, целиком возвращается к старым фабрикам юридических дипломов, а место различных областей политики хозяйства и управления начинают занимать, совершенно по старым образцам, бесчисленные отрасли юридической догматики. Программа современных правовых отделений положительно пестрит всевозможными „правами“. „Право кооперации“ и „право земельное“, „право социального обеспечения“ и „право гражданское“, „право хозяйственное“ и „право административное“... право, право и право, без конца. Только, только не хватает права полицейского и права церковного. Если бы дополнить ими наш список, то старый ассортимент „императорского юридического факультета“ был бы дан в еще усовершенствованном и развитом виде. „Возрождение“ юридической литературы мы уже отчасти видели выше... Мертвые кости воскресли!

Мы положительно захлебываемся в праве и правовой идеологии... И невольно возникает вопрос, оправдано ли такое стремление к воскрешению права? Не следует ли нам несколько ближе присмотреться к самой его природе и оценить, поскольку эта надстройка представляет для нас сейчас необходимость, а если да, то в какой форме. Быть может, в самой правовой жизни советского строя мы найдем такие моменты правовой организации, которые укажут нам на то здоровое из области права, что, при данных обстоятельствах и условиях, могло бы нам принести не вред, а пользу. Слишком уже мы неоглядно бросились в плавание по юридическому морю...

## II.

## Борьба за право и кровная месть.

Казалось бы, когда марксистская наука берется за определение права, она неизбежно должна расследовать в первую голову связь права с хозяйством. Лишнее здесь повторять те многие цитаты из Маркса и Энгельса, которые тесно связывают экономическую структуру с идеологической надстройкой, а в частности с правовыми формами. В частности совершенно неоспоримым стало положение, которое теснейшим образом связывает хозяйство и право в институте соб-

ственности, притом одинаково как собственности индивидуальной, так и коллективной. Отсюда, говоря последовательно, имеется только один путь к установлению понятия права, это установить связь между правом и хозяйством в его исторических формах, при чем воспользоваться теми явлениями права, которые наиболее элементарны и просты. На них мы можем сравнительно легко проследить закономерную связь того и другого явления, ибо в таких простых и элементарных случаях мы имеем дело с немногими и простыми же отношениями. Этот прием с громадным успехом в свое время применил Энгельс, когда он исследовал „происхождение семьи, собственности и государства". Так поступил он в целях обоснования научно-марксистской теории. Так поступал и П. Лафарг, когда исследовал происхождение идей справедливости и равенства. (См. его „Экономический детерминизм К. Маркса", Москва, 1923 г.)

Новые марксисты — правоведы поступают иначе. Их целью является не научное исследование, а определенное идеологическое построение, которое во что бы то ни стало должно превратить диктатуру пролетариата и его веления в единственное правое и правильное право, которое бы самым своим наличием устранило возможность каких-то других, вне официального законодательства стоящих прав. Для этой цели они не ищут марксистского определения права, но прямо заимствуют его у крупнейшего буржуазного авторитета, Иеринга, подставляя только, что, впрочем, и не составляло труда, понятие классового интереса под понятие интереса вообще, которое мы находим у Иеринга. Так получается перелицовка иеринговского понятия, которое и принято у тов. Стучки. „Ходячее определение права, говорит Иеринг, гласит: право есть совокупность действующих в государстве принудительных норм. И это определение, по моему убеждению, вполне правильно". Или как тот же автор выражается еще более кратко: „Государство есть единственный источник права". Когда тов. Стучка это определение Иеринга приспособляет к марксизму, он, во-первых, в духе того же Иеринга дополняет, что „право есть защита интересов путем принудительных норм, исходящих от государства" и наконец, следуя тому же Иерингу вместо норм выдвигает на первый план правовые отношения, которые тот же Иеринг в своем „Духе римского права" выделял на первое место. Ибо сам Иеринг говорил, что „правовые положения . . . извлечены из созерцания жизненных отношений, назначены выразить присущую им природу и обеспечить ее за ними . . . часто, для образования правовой формы одного жизненного отношения, должны совокупно действовать различные отдельные правовые положения; они находят, следовательно, в этой, всем общей,

цели, свою соединительную точку и располагаются около нее, как мускулы около костей". Таким образом, получается новое „выраженное в правовой форме жизненное отношение" (русский перевод, часть I, СПБ. 1875 г., стр. 30). Теперь понятно определение права как „системы общественных отношений, соответствующей интересам господствующего класса и охраняемой организованной силой его".

Введение в понятие права признака принудительности по государственному образцу, на-ряду с классовым признаком, совершенно естественно сузило понятие права от идеологической формы, присущей экономической структуре (а в частности хозяйственной апроприации вообще, считая в том числе и собственность коллективную), до весьма ограниченного во времени и пространстве понятия права, как момента, присущего исключительно одной частной собственности, едва ли не буржуазного типа и классового общества, обладающего развитым государственным аппаратом. Таким образом, понятие права было совершенно вычеркнуто из всех тех правовых надстроек, которые в действительности в историческом развитии были присущи и несовершенным классовым образованиям полугосударственного типа и догосударственному обществу с его родовыми порядками и собственностью добуржуазного типа. Как будто этим хотели лишить право какого-то вечного, а вместе идеального и внеземного бытия, забывая совершенно о том, что по этому поводу сказано в „Коммунистическом Манифесте", где прямо признается „что общественное сознание всех веков, несмотря на все различия и на все разнообразие, развивалось в известных общих формах, формах сознания, которые исчезнут совершенно лишь с полным исчезновением классового антагонизма". И только „коммунистическая революция является самым радикальным разрывом с традиционными отношениями собственности", а потому лишь „в ходе ее развития радикальнейшим образом будет порвано и с традиционными идеями".

Упразднение всякого иного права, кроме классового права, охраняемого государственною властью, необходимо привело и к вопросу о том, как же быть с тем правом, которое в течение тех же веков существовало при различных формах хозяйства и общественного быта, лишенных если не признака эксплоатации одной части населения другой, то, во всяком случае, государственного принуждения. Что делать далее, если современная наука откроет и уже открыла способы эксплоатации, лишенные строго классовой оболочки, но тем не менее обладающие не только ярким правовым признаком, но и судебной защитой? Допустимо ли с марксистской точки зрения итти навстречу фактам, и выходя из связи между экономикой и правом, признать

и там какие-то правовые отношения с соответствующей надстройкой в виде норм и общественной защиты—все эти вопросы у нас сейчас решаются очень просто. Не имея ни малейшего желания развивать науку права в марксистском духе, мы прямо, что называется, рубим сплеча: „Если факты противоречат нашей теории, то тем хуже для фактов". Чего мы не можем понять и объяснить, то мы, попросту говоря, начисто отрицаем. Вот почему при современном расцвете науки первобытного права и сравнительного правоведения, давшего ряд изумительнейших открытий, мы с видом редкостного апломба утверждаем: никакого первобытного права не было, в лучшем случае существовал лишенный правового характера обычай... и на помощь может здесь опять-таки прийти единый спасающий Иеринг, ибо в его время только начинались обширные социологические исследования, а следовательно он мог утверждать с полным правом, что первобытные формы права „есть не что иное, как догосударственный хаос, в котором право и сила еще не отделились друг от друга и о праве не может быть и речи. Последнее должно еще только возникнуть, когда государство обуздает эти порывы субъективного чувства права и создаст органы для осуществления права. Право возникает по нашему теперешнему пониманию только со времени установления должности судьи, правовой порядок и отправление права со стороны государства являются... синонимическими понятиями". („Дух римского права", стр. 103.)

Если бы Иеринг дожил до нашего времени, несомненно, он не утверждал бы ничего подобного. Как добросовестный, хотя и буржуазный ученый, он несомненно изучил бы современную науку первобытного и сравнительного права и нашел бы там не только колоссальные материалы по регулированию семейно-родовых отношений с соответственной системой вхождения в род, выхода из него, брачных отношений, материнства, отцовства, различнейших форм наследования, родового выкупа и преимущества при отчуждении родовых имуществ, родовой коллективной ответственности, систем приданого, брачного подарка, частного владения, но и самых реальных, к тому же весьма упорядоченных и устойчивых форм судебно-правовой защиты. Нет никакого сомнения далее, что какой-нибудь Иеринг сумел бы понять и глубокую своеобразность правовой жизни различных народов в столь отличные от нас эпохи и в своеобразных хозяйственных условиях. Более того, если бы перед его глазами был хотя бы материал одного Дареста или Ковалевского, то он несомненно изменил бы свою теорию догосударственного хаоса или первобытного „самоуправства" в качестве первобытного права. Недаром он сам принужден, на основании уже доступных ему материалов, употреблять

такие противоречивые выражения, как „самоуправство торжественное, связанное с соблюдением известной формы“(?)... Само собой разумеется, однако, что для людей, исчерпывающих свои научные задачи идеологической работой, никакие факты доказательной силы не имеют, а раз мы имеем перед собой нечто, не подходящее под наши определения, то мы сразу окрещиваем такое время „эпохой беспощадных грабежей и насилия“. (П. Стучка, „Революционная роль права и государства“. Изд. II, стр. 49.)

Мы со своей стороны, однако, нисколько не будем пугаться ни „хаоса“ Иеринга, ни „насилий“ Стучки. И какова бы ни была идеологическая природа права, мы всегда знали и знаем, что, как говорил еще Кнапп: „раз только кто-нибудь в форме правопритязания требует хотя бы лишь ценности ломаного гроша, то это требование — иначе оно не было бы правовым — существенно связывается с обращением к объективной силе, которая может вытекать из власти судьи или из самоуправства сторон“. Право, таким образом, — „будет ли оно кем-нибудь оспариваемо или не подвергается спору, разрешается ли вопрос о нем ножами при потоплении корабля, идет ли о нем дело среди уличных боев революции или в перипетиях всемирной войны, разрешается ли спор, наконец, в соседской беседе, третейском разбирательстве или в судебном зале, — оно всегда содержит вместе со свом бытием призыв к объективной силе, которая должна обеспечить носителю право внешнее или, иначе, мускульно-переходящее (моторно-действенное) признание“. Следуя за Кнаппом, Петражицкий только развил эти положения, когда он указал, что правовой эмоции свойственны весьма грозные тенденции, а нарушение права сознается заинтересованной стороной в качестве положительного ущерба, посягательства и обиды. В результате не только личный протест, но и широкое заражение гневом и негодованием, коллективный взрыв мести и ненависти, дающий не только „резкие формы мести, самосуда и расправы, но и такие факты, как суд Линча, расправа с конокрадами и т. п.“. Как я писал в свое время: „правовая психика не есть явление мира и любви, жалости и снисхождения, в ее недрах рождается грозная Немезида, и как бы ни представлялись отвратительными гильотины революции и разгромы культурных гнезд и центров, увы, это неизбежный результат оскорбленного народного чувства, стихийная месть за попранное народное право“. (См. моя „Теория Петражицкого, марксизм и т. п.“, стр. 80—81.)

Правом делает право вовсе не государственное принуждение или классовый интерес господствующего класса в противоположность „хаосу“, „грабежам“ и „насилиям“. Но в основе права лежит нечто совершенно иное, что при-

суще ему на протяжении всех веков, начиная от первобытных времен и родового быта. И для того, чтобы найти этот основной признак права, мы попробуем обратиться как раз к тем примитивным его проявлениям, которые присущи древнейшей истории человечества. Такое обращение будет выгодно для нас и в другом отношении. Почтенные критики, совершенно не знающие моих трудов, так упорно стремятся одеть меня в облачение злосчастного психологиста, что для меня является особенно приятным взять в качестве материала для анализа, именно те проявления правовой жизни, которые отличаются исключительно грубым и социальным характером. Мы поэтому остановимся прежде всего на „самоуправном" и судебном осуществлении права, так как, во-первых, никоим образом эти факты нельзя зачислить в разряд „обычаев" или быта, не имеющего правового характера, а во-вторых, — на явлениях первобытного права, в особенности, ярко лежит печать „принуждения", лишенного, как, с одной стороны, государственного вмешательства, так, с другой, классового интереса господствующего класса. Предварительно, впрочем, сделаем одну оговорку: просим читателя не смущаться теми грубыми формами, в которых, в данном случае, проявляется правовое притязание.

Начнем с положений, которые больше всего говорят в пользу чисто насильственного характера древнейшего „процесса". Приведем для этого выписку из труда Поста („Зачатки государственных и правовых отношений". М. 1901 г., стр. 217 и сл.): „Юридическое последствие всякого правонарушения на первобытных стадиях есть кровная вражда, и цель древнейшего судопроизводства есть только заключение мировой между враждующими сторонами. Последним принадлежит безусловное право частной войны, и все судопроизводство сводится к установлению известного соглашения, которому стороны свободно подчиняются, заранее признав для себя обязательным решение суда, а для приведения его в исполнение они представляют ручательства. Ни обязательной подсудности, ни экзекутивной власти здесь не существует, ибо первоначально всякий союз мира есть суверенная единица, а с другими союзами мира в крайнем случае он вступает лишь в соглашения.

Чтобы охарактеризовать исходную точку в развитии древнейшего процесса, можно указать на тот способ, каким чарруасы решают свои споры. Споры между отдельными лицами улаживаются самими сторонами, если же они не могут прийти к соглашению, то колотят друг друга кулаками до тех пор, пока один из них не обратится в бегство, после чего спор уже больше не возобновляется. Они не употребляют при этом никакого оружия, и не случается того, чтобы

дело кончалось чьей-либо смертью (Азара П. 13). Весьма ярко выступает характер первобытного процесса и у черкесов. Никто не обязан у них подчиняться приговорам, произносимым сельскими, волостными или племенными сходами, но в таком случае он должен прямо заявить об этом. После этого он начинает вести вполне законную частную войну против врага... Подобно чарруасам ботокуды также решают дела о нарушении охотничьих прав поединком на дубинах, в котором принимают участие по нескольку человек с каждой стороны...

Поэтому древнейший процесс часто представляет из себя ту же частную войну, лишь облеченную в другую форму, при чем в конце концов здесь проявляется право сильного. В древнем англо-саксонском праве, по которому при всех более крупных нарушениях мира обиженный имел еще право начать частную войну против обидчика, перед судом совершались действия, еще напоминавшие собою частную войну. Обиженный начинал свое нападение на противника обвинением, которое обыкновенно подкреплялось клятвою. Того защищали обязанные помогать ему в борьбе родственники или однообщинники; защита заключалась в том, что их клятвенное уверение в справедливости сделанного под присягою заявления ответчика отражало нападение истца. В свою очередь и обвинитель мог представить более сильную (другими словами, более численную) присягу, которой обвиненный опять мог противопоставить еще более сильную присягу. Кто, в конце концов, имел больше соприсяжников, тот и побеждал... Соответственно этому самоуправство на первобытных ступенях развития повсюду дозволяется. Ману (VIII, 49, 50) указывает на хитрость и захват, как на средства, при помощи которых заимодавец может снова овладеть тем, что он ссудил другому".

Дополним эти положения свидетельством Шардена, которое приводит в своих исследованиях Дарест. („Исследования по истории права", СПБ., 1894 г., стр. 105.) „Вот как идет дело, когда кто-нибудь бывает убит (дело идет о Персии). Родные убитого отправляются в суд с ужасным криком и ведут за собою как можно больше народу, чтобы произвести сильнейшее впечатление. Судья спрашивает их: „Чего вы хотите?" На это они отвечают: „Мы требуем соблюдения закона, крови такого-то, который убил такого-то, нашего родственника". Судья обязан немедленно и положительно обещать им то, о чем они просят. Между тем, если убийца в состоянии выкупить свою жизнь, судья позволяет вести переговоры с жалобщиками, которым говорят: „Это—несчастье. Обвиняемый, вследствие раскаяния, хочет остальную жизнь свою провести дервишем или монахом. Что вы сделаете из крови жалкой собаки, полу-

мертвой от горя? Он желает отдать все, что у него есть; он предлагает столько-то". Переговоры идут одновременно с семьею убитого и с судьями. Но когда жалобщики упорно требуют смерти убийцы и удваивают свой крик, то судья тянет и откладывает, насколько возможно, для того, чтобы время успокоило их злобу. Таким образом, в случаях убийства, которые бывают очень редки, по большей части отделываются деньгами, платя их и родным убитого, и суду; но когда родные не хотят слышать о вознаграждении, то убийцу выдают им. Сам персидский царь напрасно старался спасти одного своего придворного, совершившего убийство, и предлагал потерпевшим такую сумму, которую они пожелают, „но так как они упорствовали в требовании его крови, то им отдали убийцу. Жена, мать и сестра покойного пронзили его ударами кинжала и, собравши его кровь в вазы, подносили каждую из них ко рту, чтобы уменьшить жажду, которую ничто не могло утолить".

То же самое подтверждает Дарест и относительно грузинского закона царя Георгия, так-как и тут „во всех случаях закон признает право частной мести. Судьи только служат посредниками, обязанными сделать попытку к примирению. Это — первобытное уголовное право со всеми особенностями, присущими народам арийского происхождения" (там же, стр. 115). И Ковалевский, подобным же образом рисует нам „обычный порядок восстановления имущественных прав" на Кавказе. „Самосуд родов", общепринятый в сфере кровной мести и в области хозяйственных отношений выступает во всей своей силе. „Обиды имущественные, к числу которых горцы Кавказа относят не только случаи неисполнения принятых обязательств, но и случаи насильственного или тайного присвоения себе чужой собственности (воровства), сплошь и рядом вызывали у них, до русского владычества, следующие последствия. Сам обиженный или любой из членов его рода имел право обратиться к насильственному захвату имущества обидчика или любого из членов его рода. Предметами этого захвата являлись обыкновенно стада овец и табуны лошадей. Такая допускаемая обычаем самопомощь известна на западном Кавказе под наименованием „баранты", а на восточном—„ишкиля". Постановления кайтагского уцмия Рустема упоминают о ней, как об общераспространенном обычае. Вот в каких чертах описывает нам порядок производства этого „самоуправного" захвата Берже... „обычай, или адат, предоставляет обиженному право во всякое время украсть у обидчика лошадь или какую-нибудь ценную вещь. Он представляет похищенные им предметы старикам, которые, оценив их, выделяют ему ту часть, на которую он имеет право, остальное же возвращают хозяину. (Ковалевский, „Родовой быт", стр. 288.)

Такие картины самоуправства мы можем легко дополнить изображением начатков римского права, как они представлены еще Иерингом: „Где, говорит он, понятие чисто объективной несправедливости („простодушной“, говоря языком Гегеля) и субъективной практически еще не отделены друг от друга, и совершение несправедливости всегда связано с наказанием, там нельзя ожидать и строгого различия между самоуправством, местью и даже самозащитой. Все трое подпадают вместе под общее понятие насильственной реакции против нанесенной несправедливости, под понятие „виндикта“. И Иеринг рисует далее нам военный характер правового возмездия. Чрезвычайно характерно, что при этом в качестве символа употребляется копье или „хаста“, внешним выражением было всегда наложение рук или „манципиум“, при чем не только убийца, но и вор, захваченный на месте преступления, может быть подвергнут непосредственно смерти, а должник „в случае конкурса может быть даже изрублен в куски своим заимодавцем“. И если даже в таком процессе принимают участие свидетели или, вернее, соприсяжники (послухи), то здесь подобные поручители доказывают истину не столько словами, сколько силою: „истина, которую он должен свидетельствовать, покоится первоначально в кулаках. По этимологии как немецкого, так и латинского языка верно (вар) то, что доказывается на деле, охраняется (беверт, геварт); следовательно истина то, за что ручаются, за что стоят“. (Иеринг, „Дух римского права“, стр. 111 и сл.)

Казалось бы, перед нами во всех перечисленных случаях, не что иное, как уже отмеченная выше „частная война“, которая весьма мало отличается от всяких других войн. Как будто все сводится к одному приложению силы, раз это подсказывается известным материальным интересом. И тот же характер войны, на первый взгляд, представляет собой и один из древнейших способов судебного производства, а именно судебный поединок. Как нам изображают его самые различные авторы, здесь дело идет опять-таки ни о чем другом, как о простом применении силы. Пост, в своей книжке, рисует целый ряд случаев применения судебного поединка у самых различных народов. („Зачатки“, стр. 226, 227.) И нужно отметить, что поединки уже в качестве судебного доказательства сохранились в качестве пережитка до сравнительно позднего времени. Вот как, например, рисуется судебный поединок в сборнике законов грузинского царя Вахтанга VI, изданном в XVIII веке: „Доноситель и обвиняемый молятся около сорока дней перед начатием поединка. Каждому из них или на шею, или на копье у чехла надевают записку с молитвою... потом оба они вооружаются, как только могут,

один из них становится на одном, а другой на другом конце поприща, имея у себя по одному секунданту, который вооружен только щитом и плетью. Они устремляются друг на друга и, сблизившись между собою, вступают в бой. Секунданты до тех пор не подают им со своей стороны никакой помощи, пока один из сражающихся не собьет своего противника с коня... кто таким образом будет сбит с коня или обратится в бегство, тот будет признан виновным. Оружие побежденного принадлежит победителю, а конь секунданту его. Если сражающиеся оба вместе падут с коней, то должны сражаться пешие, и кто сшибет противника с ног, тот и будет прав". (Статья 7-я.)

Дарест, со своей стороны, изображает поединок, как он сложился по чешскому праву (Ряд права земского): „В определенный день стороны входят на арену со шпагою и кинжалом, но без оружия, употребляемого для защиты. Они принимают присягу один возле другого, после чего битва начинается... Всякий тяжущийся может избегнуть поединка, удалившись в изгнание... Когда один из сражающихся утомлен, он в праве потребовать отдыха и в этом не может быть отказа ему... Отдых дается по желанию три раза, по часу каждый раз. Когда один опрокинет другого, то он должен собственноручно отрубить ему голову и положить ее между его ног. Затем он склоняет колена, благодарит короля и синьоров и кладет два талера на труп в виде искупления. Наконец, он требует внести в земские книги решение, чтобы воспретить кровную месть"... Если ответчик не является по вызову или после трех вызовов через шесть недель каждый и это вносится в книгу, то истец прежде всего требует в свое владение имущество ответчика, при помощи одного из судий. „Но ответчику нельзя отделаться такими пустяками. Истец может взять его в плен, даже убить при первой встрече или обвязать его вокруг колен веревкою и, прикрепивши к хвосту своей лошади, тащить до Пражской виселицы"... Если преследование направлено против ответчика не за убийство, то вместо сторон могут быть выставлены их представители, вооруженные щитом и палкою. „Если истец—вдова или девушка старше восемнадцати лет и желает сама сражаться, то поединок должен состояться. Только на этот раз ответчик зарывается по пояс в землю, а преследующая его женщина, будучи, как и он, вооружена шпагою и щитом, вертится около него в круге, который она не смеет переступать. Оружием сражения между горожанином и крестьянином служат щит и палка". (Дарест, „Исследование", стр. 154—156.) Подобные же способы решения спора указывает Дарест и для польского права и для русского. О последнем приводится свидетельство Ибн-Доста: „У кого сабля острее, тот и выигрывает

тяжбу. Ко времени сражения прибывают близкие обоих противников с оружием в руках и обступают место, назначенное для поединка. Тогда бойцы начинают сражение, и победитель может предписать побежденному условия, какие пожелает“. (Там же, стр. 169, 190.)

Насколько устойчива система решений правовых споров при помощи единоборства, показывает свидетельство Фримана, который говорит, „что еще в XV столетии частные споры между английскими дворянами решались открытой схваткой на боевом поле в Глотчестершире, и вдова убитого получала от убийцы ее мужа вознаграждение“. Как свидетельствует тот же писатель, еще во времена Эдуарда VI, лорд Беркли со своими сторонниками позвал лорда Лайля с его сторонниками на Ниблей Грин. Последовала битва, в который Лайль был побежден и убит. Лорд Беркли затем должен был уладить дело уплатой денег вдове убитого“ (Фриман, „Сравнительная политика и единство истории“, СПБ. 1880 г., стр. 181 и 333.) Как подтверждает Тайлор в своей „Антропологии“ (СПБ. 1908 г., стр. 413) относительно старой Европы: „Обычный путь, которым начинается война между соседними племенами, представляется ссора или нарушение границ, затем с той или другой стороны оказывается кто-нибудь убитым, месть за его смерть разрастается в кровавую распрю, и племенная война всегда готова вспыхивать из поколения в поколение. Это варварское состояние вещей продолжало долго существовать и в истории Европы. По древнему германскому праву, всякий свободный человек, пострадавший в теле, чести или имуществе, мог с помощью своей родни отмщать за себя, если только он не соглашался на законную сделку; другими словами, он имел право частной войны. Поворотным пунктом в английской истории было, когда король Эдмунд издал закон для ограничения этих „неправедных войн“, но они прекратились не сразу, особенно в Нортумберлэнде, и мы знаем, как они продолжались даже в новейшие времена между кланами в дикой шотландской нагорной стране. Еще долго после того, как простой свободный человек перестал воевать со своими соседями, некоторые дворяне отстаивали свое старинное право... Английский закон, запретивший частные войны, представляется одним из величайших шагов в национальном прогресе. В настоящее время государство заменяет варварские средства частной мести и частной войны судебным разбирательством на законных судах. Но государство продолжает решать свои ссоры войною, которая тогда становится тем же — только в больших размерах — чем бывала кровавая распря между кланами“.

Мы не будем касаться здесь сейчас вопроса о современных международных войнах и их правовом характере.

Роль права в этих крупных явлениях борьбы и, говоря словами Иеринга, законного самоуправства мы разберем в ином месте. Здесь отметим только другой остаток частных войн, который является в такой же степени наследием и борьбы за право древних родов и схватки на судебном поединке. Это — дуэли, которые, несмотря на все государственные запреты, не только уцелели до сих пор, но и обладают до сегодняшнего дня настоящими правовыми кодексами или сборниками обычаев. Если мы заглянем в один из таких кодексов, мы найдем картину, поразительно похожую на древние обычаи. Согласно определению дуэльного кодекса, дуэль представляет собой: „С точки зрения общественных традиций—доблестный акт защиты самого священного достояния культурного человека — его личной чести... С точки зрения общественного права — гарантию тех прав чести культурного человека, которые, вследствие их своеобразия и субъективности, не могут быть гарантированы никакими юридическими законами и судами; и, наконец, с точки зрения общежития и права обычного — средство предупреждения самосуда и самоуправства в случаях резких столкновений, когда никакой суд посредников не допускается противниками“. („Дуэльный кодекс“, СПБ., Изд. А. А. Суворина, параграф 13.) В цитируемом кодексе, как очевидно, „дуэль рассматривается как понятие правовое“. (Там же § 25.)

Если мы теперь обратимся к старому дисциплинарному уставу царской армии (изд. 1913 г.), то найдем там еще большее сходство офицерской дуэли с уже указанным выше судом божиим, ибо, по дисциплинарному уставу дуэль назначается по решению воинского „суда чести“ в тех случаях, если суд находит, „что поединок является единственным средством удовлетворить оскорбленную честь офицера“. При наличности такого решения участие в поединке становится уже обязанностью военно-служащего — опять-таки в полном согласии с примером варварского права. — „Если по объявлению решения суда чести о необходимости поединка, кто-либо из поссорившихся офицеров откажется от вызова на поединок, или не примет никаких мер к получению удовлетворения путем поединка“, то такой офицер должен покинуть военную службу: „в случае неподачи им самим прошения об отставке, начальник части..., по истечении двухнедельного срока, входит с представлением об увольнении такого офицера от службы без прошения“. (Статья 174, 175, 176, также военно-морской дисциплинарный устав, ст. 210 — 215 в редакции 1913 г.) Этими постановлениями военного ведомства дуэльный кодекс тем самым был введен в действие для корпуса офицеров, но замечательно то, что этот же кодекс, запрещенный уголовными законами для гражданских лиц, согласно указанному выше „обычному праву“ или „об-

щественному праву“, продолжал свое действие в среде обывательского общества, и мы имеем в приложении к упомянутому выше дуэльному кодексу ряд документов, которыми подтверждается дуэльная практика различными (поучительными!) примерами. Нечего говорить, что дуэльный кодекс самым подробным образом определяет и характер оскорблений, которые ведут к вызову на поединок, и случаи неспособности к дуэли, и замену лица умершего, недееспособного или женщины в духе первобытного родового права, и различные действия до и после поединка — процедуру вызова и отказа, выбора и участия секундантов, их деятельности, течение боя на пистолетах, шпагах или саблях, ведение протокола о бое и т. п. Таким образом, если военный дисциплинарный устав умолчал о подробностях ведения поединка в военной среде, то только потому, что налицо имелся ряд твердо установленных правил о дуэли, принятых и закрепленных обычным правом.

Сейчас мы специально не останавливаемся на очевидной аналогии между судебным поединком древности и современной дуэлью. В буржуазном обществе и доныне, чуть не каждый день, происходят всевозможные дуэли, в особенности в рамках парламентарных ссор и столкновений. Не меньшее количество их, впрочем, связано с разными романтическими делами. Нас интересует здесь совершенно иное. В дуэльной практике как бы завершается одна, а именно *частная линия борьбы за право*, имеющей характер того, что *Иеринг* назвал самоуправством. В *области общественных отношений такая борьба за право имеет гораздо более грозные проявления*. Столкновения между родами и племенами сменились вооруженным спором целых народов и наций. Создалось особое международное право, которое пыталось одно время, по крайней мере, создать нечто подобное дуэльному праву частных лиц, в виде особого права войны, где пробовали также установить своего рода правила поединка и обеспечить воюющие стороны хотя бы от применения всевозможных варварских и предательских средств, в роде газов, заражения эпидемическими болезнями, отравления источников и т. п. Международное право войны как известно потерпело полное крушение во время последних империалистских войн, и хотя идеология войны попрежнему в громадной степени определялась правовыми принципами и началами, однако в самом ведении „судебного поединка“ между современными цивилизованными народами от правового начала не осталось ровно ничего. Впрочем, с принципиальной точки зрения вряд ли можно установить особенное различие между удушливыми газами и палкой прежнего борца за право: все дело ведь здесь в некотором усовершенствовании техники, а практика раз-

личных версальских договоров как бы снова восстановляет померкшую славу международного права войны и мира. Ибо, кто же из культурных вождей современного мира станет отрицать, что, скажем, тот же версальский мир, со всеми сопутствующими ему договорами, есть, действительно, акт в полном смысле слова „правовой“, заключенный согласно всем требованиям „правового“ договора и влекущий за собою не менее священные „правовые“ обязанности. Ясно отсюда вполне, что борьба за „право“, которую вела преславная демократическая Антанта, завершилась не меньшим торжеством „права“, а судебные издержки по всей справедливости несет на себе побежденный.

Недаром в введении к знаменитому договору и в особенности к его первой части, содержащей положение о лиге наций, указана высокая цель версальского мира. „В целях развития совместной работы между нациями, а также обеспечения международного мира и международной безопасности“ союзные массы принимают на себя „определенные обязательства не приступать к войне, поддерживать основанные на справедливости и чести международные отношения во всей публичности, точно соблюдать предписания международного права, которые впредь признаются руководящими правилами для действительного поведения правительств, установить господство справедливости и самым точным образом соблюдать договорные обязательства во взаимных отношениях организованных народов“. („Версальский договор“. Изд. на немецком, французском и английском языках министерства иностранных дел Германской империи, материалы— относящиеся к мирным договорам, часть 7-я, договора — часть 1-я, вводная статья). Выходит таким образом, что вся война велась ради торжества справедливости, наказания преступников и установления нового царства „чести“, „справедливости“ и „мира“. А чтобы впредь неповадно было, присоединены к договору особые статьи, карающие преступников. В части 7-й, статье 227-й, „объединенные и союзные державы“ предъявляют к Вильгельму II Гогенцоллернскому бывшему императору Германии, публичное обвинение в тягчайших нарушениях международного закона нравственности и святости договоров“. Предполагаемый суд, образованный из делегатов пяти стран (Америки, Великобритании, Франции, Италии и Японии) должен судить указанного преступника на основе „высших принципов международной политики“. Руководящей нитью для этого суда должно быть стремление „обеспечить уважение к торжественным обещаниям и международным обязательствам так же, как к международному закону нравственности“. Во имя всех этих великолепных вещей суд должен назначить наказание, которое ему покажется справедливым. Как известно, эта статья до

сих пор не приведена в исполнение, точно так же, как следующая (228), которая должна была привлечь к суду и наказанию тех лиц, „которые нарушили международные законы и обычаи войны“, но зато в полной мере была осуществлена статья, которая объявила, что „Германия и ее союзники, как зачинщики войны, ответственны за все потери и убытки, понесенные объединенными и союзными правительствами и их гражданами вследствие войны, так как эта последняя была насильственно навязана им нападением со стороны Германии“. (Ст. 231-я.)

Как очевидно, версальский договор нисколько не меньше заключает в себе правового начала, нежели результаты гражданской и военной дуэли, судебного поединка или частных войн в эпоху родового быта. Во всех этих случаях борьба велась, как оказывается, за право, и этим она несомненно отличается от всяких других видов борьбы. На этом пункте мы должны несколько остановиться, дабы предупредить возможные смешения и недоразумения. Почему-то *слишком часто смешивают борьбу за право с борьбою вообще.* Как будто между этими видами борьбы нет весьма серьезной и заметной разницы. Для порядка мы здесь сразу же отметим, что, конечно, не может быть никакой борьбы за право вне человеческого общества, а в частности с природой. Было бы совершенно нелепо зачислять в разряд борьбы за право даже такую борьбу, как преодоление чисто физического сопротивления земли и природы, хотя бы при постановке межевых знаков и пограничных столбов. Поскольку мы имеем дело с чисто физическим преодолением естественных стихий и покорением сил природы, не может итти и речи о правовых отношениях. *Между человеком и материальным миром вообще не может быть никакой правовой связи.* Камни, трава и деревья, так же как вода и реки, не могут быть лицами в юридическом смысле. Они не могут вступать в правовые сделки, нести обязанности и осуществлять права. И если в древности мы встречаем подобные явления, то только в результате олицетворения, фикции или подстановки. Должен быть изобретен какой-нибудь демон или дух, обладающий разумом и волей, чтобы таким образом принять на себя представительство неодушевленных предметов. В лучшем случае таким представителем является человек, который от имени представляемого им предмета или животного входит в правовой оборот. Но и здесь опять-таки мы приходим к подтверждению, что помимо человеческого общества, действительного или фиктивного, никаких правовых отношений не существует.

Если мы теперь остановимся на таких „боевых“ действиях в мире природы, как весьма напоминающая войну

между людьми охота, особенно же охота на крупных зверей, то и здесь мы должны констатировать, во-первых, исключительно хозяйственные цели и, во-вторых, применение в чистом виде технических средств, а следовательно, в общем и целом здесь перед нами отношение к дичи или иному зверю только как к предмету хозяйственной эксплоатации в целях ли приручения, или непосредственного использования его мяса, шкуры, рогов, клыков и т. п. После того как хозяйственная цель достигнута, никаких дальнейших отношений, тем более в смысле правовых обязательств, более не существует. Лишь в эпоху тотемизма мы имеем перед собой ряд нравственных и, пожалуй, правовых отношений к тому животному, которое является тотемом. И в те периоды, когда охота на такого зверя разрешена, его поклонники обращаются к нему с целым рядом молений и просят о разрешении его убить. Предполагается, что такое разрешение они получают от божества, а вернее предка, воплощенного в зверя. Применяются также различные обряды при свежевании туши убитого, а впоследствии при пиршестве — опять-таки в сопровождении особых обрядов, испрашивается и получается со стороны тотема определенное прощение.

Нет никакого сомнения, что отношение к тотему является результатом перенесения на него отношений чисто человеческих при помощи олицетворения. Но следует отметить, что отношения к человеку, в свою очередь, могут быть построены совершенно так, как строятся отношения к животному и на охоте и в прирученном состоянии. Возможно полное игнорирование его человеческих свойств и обращение его исключительно в предмет хозяйственной эксплоатации. В таких случаях нет и речи о каких бы то ни было правовых отношениях. Примеров мы имеем сколько угодно и даже в той области, которую некоторые юристы считают специально связанной с правом, т.-е. в области классовых отношений. И в самом деле, остановимся, прежде всего, на широко практикуемом и до сих пор явлении охоты за рабами. В таких случаях мы имеем классовые отношения, выраженные не только достаточно заметно, но с совершенно исключительной силой. И что же? Охота за рабами, первый акт тяжелой драмы порабощения, разыгрывается без малейшей примеси каких бы то ни было правовых отношений и правовой регламентации, охватывающей человеческую дичь. Решает только сила оружия. Намеченные поселения, иногда целые области опустошаются огнем и мечом. Вырезывается все живое население, за исключением тех, кого заковывают в кандалы и ведут, как человеческую скотину, на далекие рынки. Такая „война“, ибо двуногий зверь порой жестоко защищается, носит все признаки указанной выше „частной войны“, и однако же между

ними нет никакого сходства. Кровная месть совершенно лишена такого характера исключительно хозяйственных целей и характера грубого использования.

В странах, где существует до сих пор каннибальство— а их имеется еще достаточное количество—мы имеем точно также походы, направленные на приобретение живого человеческого мяса, которое потом соответственно приготовляется, варится или жарится и, наконец, пожирается. Конечно, и здесь нужно делать надлежащие различения. Пожирание врага может быть религиозно-нравственным обрядом, связанным с тем же институтом кровной мести. Но тогда и охота и людоедство не обладают тем хозяйственным характером, который для нас интересно отметить. Но как свидетельствуют социологи, похищение и убийство людей в целях их пожирания может быть проделано исключительно с целями насыщения. О подобных вещах сообщают нам также из стран и областей, перенесших невероятные бедствия голода. Кое-где в таких местностях доведенные до безумия голодающие объединялись в небольшие группы и прямо охотились за людьми, мясо которых они потом пожирали. В обществе дикарей такого рода охота и похищение может кончиться кровной местью лишь в одном случае, если у похищенного имеются родственники и соплеменники, которые берут на себя отмщение за его гибель. Здесь за актом хозяйственного использования со стороны одних следует акт правового возмездия, в виде частной войны, со стороны других. Лишь с этого момента рождается идеологическая оболочка права.

Насколько причудлива связь между классовыми отношениями и правовою формой, показывает и тот факт, что наиболее обширные и глубокие отношения классового господства в истории человечества (вплоть до XIX века...), а именно рабство, были лишены как раз там правового характера, где мы находим связь эксплоатации и господства между рабом и господином. Достаточно известно, что среди различных форм рабства, допускавших то или иное признание личности раба, а иногда и его условного (прекарного) имущества, господствующей формой, вплоть до высокого культурного хозяйства плантаций хлопчатника, на полях Южных Штатов американской федерации недавнего времени, было воззрение на раба, как на домашнее животное, говорящий или полуговорящий инструмент в соответственном производстве. Раб не был человеком. Общественная идеология касалась его лишь постольку, поскольку она вычеркивала его из состава лиц, способных связывать кого бы то ни было своими действиями или волей. За убытки, причиненные рабом, платили как за

ущерб, причиненный собакою или коровой. В случае убийства, совершенного рабом, отвечал опять-таки не он, а его господин, который мог истребить его, как вредную и опасную вещь, или же передать его на распоряжение наследникам убитого. Как очевидно, хозяйственная и классовая эксплоатация сама по себе отнюдь не нуждается в правовых отношениях между эксплоататором и эксплоатируемым. Достаточно, если такая связь существует только между рабовладельцами и влечет за собой обязанность выдачи беглых совершенно так, как это практикуется относительно сбежавших и приблудных лошадей, овец и т. п. Правовая защита интересов господствующего класса в данном случае, как очевидно, совершенно не следует за этим классовым интересом. В подавляющей массе случаев этот интерес проводится без всякой правовой защиты. Ему достаточно плети и оружия. И это при условиях развитого капиталистического хозяйства и современной буржуазной цивилизации — как то было еще слишком недавно в Американских Соединенных Штатах.

Одним из лучших доказательств помрачения правового сознания в буржуазной Европе является тот факт, что несмотря на всю напыщенную правовую идеологию версальского договора, там все больше и больше получает развитие древне варварская идея, которая уже проповедывалась достаточно ярко во время империалистской войны. Именно тогда мы впервые ознакомились с многообещающим лозунгом „войны на истребление", который живо напомнил нам древние походы Навуходоносора, Псаметтиха или Камбиза. Подобную войну сейчас обрабатывают в беллетристике и драматической литературе как одно из изумительных достижений научной химии, а отчасти и бактериологии. Во всяком случае новейшие опыты американского воздухоплавания, в связи с развитием выработки ядовитых газов, дают нам надежду на то, что будущие войны могут сделать совершенно излишним какой-нибудь договор с побежденными, так как их попросту не окажется, но зато откроется великолепная перспектива для колонизации новых пустынь со стороны победителя. Если считать подобную колонизацию „хозяйственной целью", то она, конечно вполне в плане современного империализма. Однако здесь возможны и более смягченные примеры. Ибо, как показывает судьба современной Германии, ее обязанности по возмещению проторей и убытков победителям в вознаграждении тех потерь, которые они понесли при процессе ее расстреливания и разгрома, могут быть прекрасно совмещены с чудовищной хозяйственной эксплоатацией, которая мало чем уступит английской „цивилизации" Индии в эпоху ост-индской кампании или же хлопчато-бумажной культуре американских плантаторов девят-

надцатого века. Мало, но не совсем, ибо вряд ли кто-нибудь станет отрицать наличность жажды реванша со стороны Германии, как это было раньше со стороны Франции. А идея реванша есть уже идея правовая...

Последнее положение возвращает нас к тому материалу, который мы привели выше. Выяснив экономический и фактический характер некоторых видов борьбы, мы теперь можем сравнить с ними те войны, ту борьбу и „самоуправство", с которыми мы познакомились раньше. В одном случае мы имеем борьбу, которая определяется целиком хозяйственными целями. Сообразно тому, какие хозяйственные цели здесь ставятся, возможны и самые различные результаты. Возможно, как мы видели выше, непосредственное съедение побежденных. Возможно обращение и в рабство, и эксплоатация их трудовой силы в отличие от использования — „человеческой говядины". Возможна хозяйственная эксплоатация более утонченными средствами в виде даней, поборов, контрибуций, вплоть до самых чудовищных форм захвата непосредственных сил и орудий производства. Возможно, наконец, устранение конкурентов начисто и очищение целых территорий от туземного населения с тем, что на их место производится колонизация победителей. По последнему образцу были истреблены краснокожие в Америке и, пожалуй, в этом роде истребляются филиппинцы. Как очевидно, разнообразие приемов в обращении с захваченным человеческим материалом вполне отвечает такому же разнообразию хозяйственных целей. Во всяком случае такая борьба, в случае ее успешности, имеет строго определенный конец и обладает одним, если можно так выразиться, удобством: она заканчивается достижением основной цели, и, каково бы ни было положение побежденных—в котле, на плантации или в экономическом рабстве — но этим самым борьба прекращается, и наступает, так называемый, мирный порядок хозяйственной эксплоатации.

Совершенно другое мы наблюдаем там, где идет дело о частных войнах и борьбе, поскольку она получила правовую форму. Она в этом случае дает нам два основных вида. Во-первых, непосредственно частной войны и, во-вторых, той же войны, ограниченной формами судебного поединка или „суда божьего". Эти два случая разделяются одним основным моментом, а именно — вмешательством суда, который видоизменяет частную войну путем очень важных ограничений. Главнейшее из них — это прекращение дальнейшей войны. И в самом деле, если мы обратимся к частной войне без такого судебного вмешательства, то мы должны констатировать одно ее свойство, которое на практике подмечено целым рядом социологов, этнологов и юристов. Это ее затяжной непрерывный характер, который

помимо каких-либо искусственных способов не дает никакой возможности ее остановить или прекратить.

Как известно, существование такой частной войны обусловлено наличием родового быта с его подразделениями на племена, роды, большие и малые семьи. Дело обыкновенно происходит следующим образом. Кто-нибудь из членов одного рода совершает преступление по отношению к члену другого рода. Предположим, в данном случае совершено убийство. Вследствие обязанности членов рода мстить за своего родича его родственники совершают акт кровной мести над одним из родственников убитого, так как последние опять-таки солидарно отвечают за каждого из своих, а следовательно и за убийцу. Для рода убитого этим дело по существу кончается, так как совершенное правонарушение устранено, право восстановлено, и месть их удовлетворена. Но в таком случае, в свою очередь, возникает вопрос о мести за убитого со стороны родственников убийцы. Они почитают себя обиженными, свое право нарушенным и обязаны мстить за своего погибшего сочлена. Начинается сказка с начала. Родичи убийцы теперь, в свою очередь, убивают одного из членов рода первого убитого. Им это удается. Они считают себя удовлетворенными и право восстановленным. Но новое убийство, в свою очередь, побуждает первый род первого убитого к мести уже за второго своего сочлена. Сказка про белого бычка продолжается. Каждое новое убийство, совершенное в качестве акта кровной мести за убитого, порождает новую необходимость мести с другой стороны и таким образом возникает явление, отмеченное неоднократно в социологической литературе: *кровная месть между определенными родами длится порой не только на протяжении поколений, но иногда добрых веков* („с незапамятных времен"), пока не происходит в буквальном смысле слова или *взаимного истребления этих родов, или же, в конце концов, переселения или эмиграции одного из них.* Такие факты отмечены исследователями не только у дикарей, но сравнительно в новые времена на Корсике, у нас на Кавказе, в Шотландии, Афганистане, у некоторых племен Индии и т. п. В высшей степени интересно, что в тех случаях, когда правовая идея примешивается к войнам более крупного международного характера, и там мы наблюдаем в известной степени проявление принципа мести, который выражается в так называемой „жажде реванша". Побеждает один, жаждет реванша другой. Побеждает другой, жаждет реванша первый, и так без конца. Реванш есть всегда источник или идеологическая подготовка новой войны... (Ср. *Лафарг*, „Детерминизм", стр. 113.)

Можно сказать без преувеличения, что нигде так, как в частных войнах и родовой мести, не обнаруживается основная черта юридической идеологии, а именно ее „ригидность“ или неуступчивость. С этой стороны право очень верно символизуется весами, обе чашки которых находятся в постоянном движении. Каждая сторона, поскольку она замкнута сама в себе, восстанавливает свое право в полной мере при помощи мести и считает себя удовлетворенной. Акт мести вместе с тем строго математичен, построен на принципе равенства и требует око за око и зуб за зуб. Другая сторона, действуя в пределах столь же замкнутой правовой идеологии, осуществляет право по тому же принципу и в тех же самых размерах. По свидетельству Лафарга, австралийские дикари останавливают битву во имя мести, раз они причинили противнику равноценный урон. (Там же, стр. 114.) Соблюдение математического равенства нигде не выступает более ярко, с другой стороны, столь же отчетливо обнаруживается здесь и полная противоположность двух правовых критериев. Две замкнутых правовых системы в данном случае производят каждая совершенно такое же действие по отношению к другой, как последняя по отношению к первой, но, с другой стороны, действие не только равно противодействию, но и противоположно, а потому производит и количественно одинаковое механическое раздражение в том и другом коллективе, которые поэтому никак не могут прийти в равновесие. Перед нами настоящее „перпетуум мобиле“, нечто в роде того вечного колеса, которое мерещилось средневековым схоластам, как разгадка вечного и непрерывного движения [1]).

Нельзя не видеть и здесь резкого различия между экономическим сознанием и правовой идеологией (ибо право — всегда идеология). Экономическая борьба, как мы можем наблюдать тысячи раз, весьма легко заканчивается компромиссом. В тех случаях, когда ни один противник не оказывается достаточно сильным для того, чтобы овла-

---

[1]) В особенности плохо обстоит дело там, где, как это мы находим у некоторых австралийских племен, дикари не признают естественной смерти и при каждом таком случае ищут с помощью колдуна ее виновника среди живых. Рано или поздно колдун указывает таких ничего неподозревающих и совершенно невинных „виновников“ убийства, родственники умершего на правах кровной мести убивают этого несчастного, за последнего вступается его род, мстит в свою очередь на родственниках умершего, и цепь бесконечного истребления налицо. — „Такова, говорит Тайлор, одна из главных причин злобной ненависти между племенами, которая поддерживает дикарей в непрерывных опасениях и беспокойстве“ (Тайлор, Антропология, стр. 410—411.)

деть другим и целиком подчинить его своим интересам, чрезвычайно прост переход на путь известных уступок и связанного с ними договора или соглашения. Ибо, интерес сам по себе, за исключением случаев крайней и последней необходимости (угрозы голодной смерти), отнюдь не заключает какой-то твердокаменной ригидности. Наоборот, здесь все дело поставлено на почве целесообразности; воплощение целей может быть сопоставлено в некоторой последовательности, они допускают естественную гибкость, так как тут мы отнюдь не встречаемся ни с какими абсолютными ценностями и, менее всего, с какой-то самодержавной справедливостью. Целесообразность и особенно телеология хозяйственная, всегда связаны с характером условности и постепенности. Если поэтому нельзя получить всего желаемого, то можно удовлетвориться известной частью. Если данное благо покупается определенной уступкой, то почему бы ее не сделать. Худой мир лучше доброй ссоры, и в результате два разъяренных противника умеряют свой пыл во имя реальных целей, откладывают фанатическую идеологию в сторону и на почве взаимной выгоды, путем оценки силы того и другого, приходят к соглашению, дающему некоторые выгоды той и другой стороне. И если тут ведется точный учет силы, то это математика не абсолютного равенства, а некоторого довольно гибкого подсчета, отражающего данный факт.

Конечно, никто не спорит, что хозяйственные интересы могут быть чрезвычайно остры. Но там, где они есть, всегда этим самым дана и определенная форма к их удовлетворению. Будет ли завершением такой борьбы договор, порабощение или даже полное истребление противника, но во всяком случае тут имеются ясные и определенные пути к завершению борьбы и наступлению известного равновесия. Правовая идеология, как мы видели выше, такого разрешения не дает до тех пор, пока не найдена какая-то новая, высшая, идеологическая форма, которая искусственным путем устанавливает между двумя воюющими сторонами идеологическую общность и произносит свое высшее суждение. На примерах судебного поединка и дуэли мы можем проследить этот процесс столь же отчетливо, как при каждом судебном разбирательстве. Спор между двумя замкнутыми и непримиримыми „правами“ завершается тем, что какое-то высшее правовое суждение привлекает к делу новые правовые ценности, создает благодаря им новый же эквивалент, или единицы возмещения и производит акт уравновешения, обладающий свойствами бесспорного и окончательного решения.

С этой точки зрения судебный поединок и, даже, дуэль отличаются следующими чертами, которые придают им высоко искусственный характер. Во-первых, каждая из сторон почитает свое правовое требование не окончательным, и этим самым отказывается от решающего правового суждения. Во-вторых, между теми же сторонами устанавливается определенная общность мнения по поводу способов разрешения спора и восстановления нарушенного права. В-третьих, создается согласно такой общности мнения искусственная форма, которая должна сделать возможным некоторый дальнейший спор или состязание в виде определенным образом ограниченного единоборства. В-четвертых, исход единоборства признается решающим для обеих сторон таким образом, что побежденный на поединке или дуэли, или признает себя определенно виновным, или же на равных началах с победителем этим боем исчерпывает свою претензию и несет последствия боя — ранения и даже смерть, как выражение справедливости. В-пятых, наконец, в виду указанного характера поединка лица, связанные с участниками боя обязанностью защиты, отказываются от какой бы то ни было дальнейшей мести. Победитель на поединке таким образом имеет возможность зачесть свою победу в качестве особой правовой ценности в качестве возмещения за нанесенную ему обиду или в качестве доказательства своей правоты, обязательной и для побежденного. Последний же, если это был обидчик, подчиняется исходу поединка, как наказанию за свою вину или доказательству в ее пользу. Если же побежденный как раз обиженный или истец, то в таком случае он признается в качестве клеветника и неправого жалобщика и следовательно виновного, подлежащего изобличениям или претерпению страданий и кары.

Нельзя не видеть, конечно, что как раз наиболее близкая форма к частной войне, судебного поединка или дуэли заключает в себе возможность и величайшей несправедливости. Уже здесь обнаруживается со всею силой искусственный идеологический характер правовых суждений и соответственных действий, уже здесь „величайшее право становится величайшей несправедливостью“. Впрочем, и всякие другие способы удовлетворения „справедливости“ страдают в той или иной степени одним и тем же дефектом. В лучшем случае справедливость осуществляется символически. В этом отношении весьма любопытны те способы, при помощи которых еще до введения судебного поединка завершаются родовые конфликты и этим кладут преграду бесконечным убийствам кровавой мести. Отметим некоторые из них.

Прежде всего замечательна отсрочка, а затем и полное погашение мести при помощи изгнания или перехода на

положение „канлия“, согласно обычаям, собранным на Кавказе в кайтагском уцмийстве под именем адатов Рустем-хана. Здесь мы имеем обычное право Дагестана в его чистом виде. Такой изгнанник или канлий может и не быть фактическим убийцей, он может быть прямо назначен родственниками убитого, но во всяком случае несет это наказание за своего родича. Он „обязательно должен покинуть аул. Все имущество его разграбляется родственниками убитого. Они разносят его жилище, вырубают его сад, уничтожают всю его движимость, топчут ногами своих лошадей его сенокосы и нивы. Преступник обязан быть в изгнании, сделаться абреком до тех пор, пока родственники убитого не согласятся простить его и принять выкуп. Дом, в котором жил убийца, не может быть воздвигнут вновь до тех пор, пока не последует такого прощения... Если, вопреки запрещению, убийца снова появится на родине, каждый из рода убитого в праве причинить ему смерть, не подвергаясь за то никаким невыгодным для себя последствиям... Сами же родственники считают себя обязанными убить его при первой встрече... Во многих местностях обычай установил сроки, долее которых не должно продолжаться изгнание. Таким сроком для убийцы является обыкновенно наступление четвертого года со времени совершения им преступления“. Как установлено в своде Рустема, вместе с канлием, смотря по тяжести его преступления, уходит в изгнание также известное число его родственников. Для них обычным сроком изгнания считается время от трех до шести месяцев. По окончании изгнания канлий совершает обряд примирения с родственниками убитого: „канлий, одевшись в саван, с привешенной сбоку шашкой, являлся один или в сопровождении стариков, обыкновенно ночью, во двор ищущего крови, другими словами, ближайшего родственника убитого, бросался перед ним на колени и отдавал себя в его руки“. (Ковалевский, „Родовой быт“, стр. 286—287, 282—283.)

Другим способом окончания кровной мести является отдача или самоотдача виновного на распоряжение родственников убитого, которые при известных условиях прощают убийцу. Так, по древне-чешскому праву, обряд примирения (покора) состоит в следующем: „убийца является сам-двенадцать, босой, без пояса и ложится в могилу. Ближайший родственник убитого прикасается концом шпаги между плеч убийцы и трижды говорит ему: „Ты в моей власти, как был в твоей власти мой брат (или вообще мой родственник)“. Убийца трижды отвечает: „Я в твоей власти, но, во имя бога, прошу тебя пощадить мою жизнь“. После этого мститель произносит громким голосом: „Во имя бога я оставляю тебе жизнь“. (Дарест, „Исследование

по истории права", стр. 189—190.) Подобный же обычай описывает и Ковалевский в качестве обряда „самопосвящения" или „кифаэльдисина". Обычай этот он изображает следующим образом: „В траурной одежде, с отпущенными волосами, приходит на могилу убитого осетинский кровник, чтобы совершить обряд самопосвящения. Убийца отдает себя в руки покойника, а последний устами оставшихся в живых родственников прощает ему обиду. Совершивший обряд самопосвящения навсегда избавлялся от дальнейшей мести родственников, но зато принимал по отношению к ним и покойнику известные обязательства, в числе которых было совершение поминок". Подобным же образом описывает Ковалевский, со слов Комарова, обряд примирения у кумыков Темир-хан-шурского округа. Дело совершается следующим образом: „Старик и кадий, т.-е. судья, приводят убийцу и ставят его вдали от родственников убитого так, чтобы последние только могли рассмотреть его лицо; кадий становится посередине и молится о примирении враждующих; молитву свою он заканчивает чтением „фатихе" (первой главы корана). Фатихе повторяют за ним и примиряющиеся стороны. По окончании молитвы кадий вытирает лицо руками, в знак благодарности богу за ниспосланный мир. Прощенный убийца приглашает всех родственников убитого на пиршество. Как только гости подойдут к дверям дома, в котором ждет их угощение, убийца с обнаженной головой падает на землю и не встает до тех пор, пока ближайший родственник убитого не скажет ему: „Встань, мы простили тебя". Во время угощения прощенный канлий стоит без папахи и пьет из одной чаши с родственниками убитого". (Ковалевский, „Родовой быт", стр. 170, 283.)

Еще более показателен обряд примирения, когда он совершается при помощи своего рода усыновления родом потерпевшего убийцы, который как бы вновь рождается в роду убитого и тем или иным способом замещает его личность. Здесь особенную роль играет символическое прикосновение к одному из родичей убитого. „У кафиров, сиапошей, говорит Пост, злейшая вражда прекращается после того, как кто-нибудь поцелует левую грудь кого-нибудь из врагов—это все равно, что выпить молоко дружбы. Последний отвечает первому тем, что целует его в голову, после чего они становятся друзьями до могилы... Символическое сосание груди, как известно, есть в то же время одна из форм адоптации. Таким образом здесь создается своего рода родство, подобно тому, как оно завязывается между враждующими сторонами и при заключении мира, например, у бареа". У последних примирение сопровождается также жертвенным обрядом, причем „убийца и

мститель пьют пиво из одного рога и едят мясо с одного блюда. Каждый из них выкалывает жертвенной корове по глазу. На то время, что они вместе сидят, они меняются одеждами". (Пост, „Зачатки", стр. 164.)

Обряды примирения указывают с совершенной очевидностью тот путь, которым родовой быт шел навстречу различным, искусственным правовым построениям, приведшим в конце концов к самым разнообразным видам правового возмездия. Как мы уже отметили выше, предпосылкой здесь является установление определенной общности между враждующими родами и отказ от непосредственного мщения. Обряды примирения, которые заменяют отношения вражды известной связью между враждующими родами, а в конце концов приводят даже к искусственному родству, и являются тем символом, который делает возможной замену кровной мести выкупом и другими его формами. Кровники как бы вводятся внутрь одного и того же рода или иного родового соединения. Они становятся как бы родственниками, а следовательно и весь спор из междуродовой среды переносится во внутриродовую область. Говоря языком Ковалевского замиренная среда рода этим как бы расширяется, и устанавливается новая область общения, в которую входят и вчера еще враждовавшие роды. Для того, чтобы проследить дальнейшее развитие права, мы должны остановиться несколько пристальнее на связи и отношениях внутри самого рода, чтобы понять форму расширенной среды и связанное с ним изменение правовых отношений.

## III.

## Род, право и справедливость.

Мы здесь специально не останавливаемся на исследовании рода как такового. Мы слишком хорошо знаем, как это подтверждает и Гроссе, что „форма хозяйства имеет решающее влияние как над форму и могущество семьи, так и целого рода... Как род, так и семья наибольшую свою прочность и силу сохраняют путем хозяйственных интересов. Род достигает вершины своего могущества, слагаясь в одну хозяйственную и владельческую общину". И как показывает тот же автор, он слабее при господстве низшего охотничьего хозяйства, так как низшие охотничьи народы питаются животными, на которых охотятся мужчины, корнями и плодами, которые собирают женщины. Однако „большинство из этих охотников, главным образом, должны довольствоваться растительной пищей" и по большей части

„эти первобытные народы находятся в постоянном, беспокойном, странствовании". Эти племена во всяком случае „довольствуются предметами питания животного и растительного видов, какие предоставляет им природа данной местности". Гораздо больших размеров и силы достигает род у высших охотников, которые обладают „более усовершенствованным орудием, при чем они живут охотой на крупных животных и рыболовством. Здесь необходимо действовать сообща, так как иначе нет возможности добыть нужной пищи. У таких высших охотников мы встречаем обширные поселения, заключающие в себе живущие общинами роды. Здесь уже имеется разделение труда, известное неравенство имуществ, и часто мы находим огромные дома, в которых живет сообща множество семей. Родовой быт находим мы также у народов пастушеских, кочевых, занимающихся скотоводством. Но особенного развития он достигает у так называемых „низших земледельцев": „здесь род является особенно прочно, богато и сильно организованным обществом; он образует территориальную хозяйственную, общественную и политическую единицу". Корни этой родовой мощи заключаются „в земледелии, в свойствах господствующего производства". При господстве высшего земледелия родовой быт уже разлагается. „Как только земледелие перестает быть господствующей формой производства, как только земледельческий народ становится промышленным, дни старого родового хозяйства сочтены". (Г р о с с е, „Формы семьи и формы хозяйства", М. 1898 г., стр. 32—33, 48—49, 78—79, 89—90, 115, 119, 120—121, 122, 174—176, 189, 194—195, 198, 205—215, 221—222, 265, 273—277, 281—287, 293—294, 335.)

Будучи результатом определенных хозяйственных форм, род, одинаково, как считающий родство по материнству, так и по отцовству, естественно приобрел и соответственные общественные черты. Он стал „замиренной средою, внутри которой при обыкновенном течении жизни, не могло возникнуть разногласия благодаря тому, что сознательно или бессознательно в нем устранены были всякие поводы к столкновениям, а именно: не имелось личной аппроприации стад, пастбищ и годных к обработке земель, а также женщин". Последнее обстоятельство есть результат того, что, благодаря предшествующему развитию в качестве тотемного общества, в нем развилась практика получения женщин со стороны, и следовательно, образовалось в виде рода „первобытное человеческое стадо, трансформированное благодаря продолжительной практике экзогамии и устранению начала кровного возмездия в отношениях его членов между собою. Этим двум причинам оно обязано тем, что сделалось замиренной средой". (К о в а л е в с к и й, „Родовой быт",

стр. 179—183.) Для нас в данном случае род не интересен со стороны хозяйственной: мы прямо принимаем тут установленные в науке положения относительно его первобытного коммунизма. Мы здесь точно так же не собираемся исследовать различные формы материнского и отеческого рода. Для нас он здесь представляет громадный интерес лишь с одной стороны, а именно с той, что род является первоначальной ячейкой правовой защиты. На этой его стороне мы и остановимся.

С этой точки зрения род представляет нам две стороны — внешнюю и внутреннюю. Во внешних отношениях, а следовательно там, где как раз отсутствуют хозяйственные связи, род представляется замкнутой средой, объединенной взаимною порукой кровной мести. Здесь каждый отвечает за всех и все за каждого. Убийство одного из членов рода ведет за собою обязанность кровной мести со стороны всех остальных членов родового общества, при чем лишь впоследствии из общего состава родичей выделяются более близкие родственники, то с материнской, то с отцовской стороны, на которых и лежит преимущественная обязанность заступничества и мести. Точно так же и весь род отвечает за каждого из своих сочленов, и, как мы видели выше, каждый из родичей может пасть жертвой мести за убийцу из своей среды. Выше мы достаточно видели также примеров родовой мести и частной войны. Прибавим лишь здесь, что подобная коллективная ответственность и защита далеко не угасает сразу. И даже при крушении родов мы встречаем многоразличные остатки круговой поруки. Родственники составляют главный контингент послухов или соприсяжников, которые своею присягой и свидетельством то подкрепляют судебные заявления своего родича, то дают вообще отзыв о его поведении, то, наконец, выступают с оружием в руках на его стороне при различных судебных действиях. С внешней стороны род противостоит другим родам, как некоторая международная единица, и разрешает споры с ними тем путем, которым и сейчас решают свои конфликты независимые организации, неимеющие над собой высшего судьи, таковы, например, современные государства как единицы международного „общения“.

Но род имеет и другую — внутреннюю сторону. Это, по выражению Ковалевского, „замиренная среда“. Она характеризуется тем, что здесь нет ни правовых отношений, ни правовой защиты. Это — область первобытной нравственности. Предполагается, что здесь не может происходить никаких грубых нападений друг на друга, так как и экономические условия и брачные также, как и семейные отношения, не дают для этого никаких поводов. Однако

как показывает история, хотя бы в очень редких случаях, но и здесь происходят тяжелые конфликты, которые до известной степени опровергают те идиллические описания родов, какие мы находим у некоторых социологов, в том числе у Моргана. Спрашивается, как же реагирует род на подобные случаи? Это тем более интересно и важно, что, как мы уже знаем, прекращение кровной мести и частных войн связано именно с расширением родовых отношений на более обширные связи, и как раз в результате этого является суд и дальнейшее преобразование правовых отношений. Обряд примирения совершенно ясно указывает на некоторое перенесение внутри-родовых отношений на вне-родовые или между-родовые связи. Остановимся, поэтому, несколько ближе на отношениях рода к преступлениям, совершенным в его среде одним из родичей по отношению к другим.

Мы имеем достаточно материалов, рисующих подобные положения. „Одиссея" знакомит нас с некиим Теоклименом, который говорит Телемаку: „Я ушел из Аргоса, моего родного города, после убийства гражданина и члена одного со мною рода. Я узнан, мне предстоит отныне бродить среди людей". У древних римлян и германцев, так же как у скандинавов, убийцы своих родичей изгонялись из рода. Они были известны под наименованием „сацер" — у римлян и „варги" — у германцев. Общее мнение уподобляло их волкам, бродящим в одиночестве, которых каждый мог убить безнаказанно. Их называли „свободными, как птица" (фогельфрей). Старое русское право знает подобного же рода людей, исключенных из родового общества за совершенные ими преступления. Это, так называемые, „изгои". (Русская Правда, Академич. список, ст. 1-я „Аще изъгои боудеть".) Аналогичными этим изгоям являются подобные же „изгоэс", что значит по-латышски „вышедший". Наиболее уцелели подобные изгои на Кавказе, где они носят наименование „абреков". Как свидетельствует Ковалевский, „убийца родственника принуждается покинуть оскорбленный его поступком аул, сделаться „абреком". Мы уже видели выше аналогичное постановление относительно „канлиев", что является уже переносом чисто родовых мер борьбы на более широкие отношения, выходящие из пределов узко родового общения. (Ковалевский, „Родовый быт", стр. 179—183.)

Если мы обратимся теперь к способам замены кровной мести другими способами возмездия, оставляющими преступнику жизнь, то мы увидим, что наподобие вышеуказанных „канлиев" Дагестана, положение изгоев, абреков или варг прямо переносится на отношения вне-родовые. И изгнание из пределов рода, сопровождаемое весьма часто „потоком и разграблением" всего имущества и поставлением

вне человеческого общения, прямо превращается в своего рода уголовное наказание. Это так называемое „лишение мира", которое развилось в целом ряде стран в сложный юридический институт. Так за некоторые, особо тяжелые, преступления по древнему норвежскому праву назначалось изгнание из общества, которое ставило его на положение „скогармадр". Преступник при этом „попадает в положение дикаря. Ему остается только уйти в лес и жить среди зверей". „Об изгнании преступника из общества... было торжественно объявляемо в тинге (собрание) для того, чтобы никто не мог отговариваться незнанием о том... Запрещено было кормить изгнанника, давать ему кров или предоставлять средства к побегу". Кто нарушал это постановление, тот подвергался сам изгнанию или штрафу. Ношение изгнанному пищи в лес или туда, где он скрывается, точно так же влекло за собой штраф. По более строгим законам Гулатинга даже неосторожный убийца подвергался изгнанию, при чем для оставления страны ему давался срок — пять ночей летом и месяц зимою. (Дарест, „Исследования", стр. 304—305.)

Древне-исландское право устанавливает подобное же наказание (в сборнике Грогос) за тяжелые преступления. Замечательно, что здесь мы встречаем уже ссылку в качестве некоторым образом следующей ступени смягчения изгнания. Согласно обычаям Грогоса: „Изгнанник отлучен от церкви и выброшен из общества. Имущества его конфискованы, брак расторгнут, и личность его ничем не защищена от нападения первого встречного (охелги). Никто не в праве дать ему убежище или способствовать побегу его за границу. Даже за границей всякий исландец может безнаказанно убить его. Ему остается скитаться в лесу или на горе и сделаться обезьяною (сковмадр), пока он не умрет от нищеты или пока не падет под ударами своих преследователей". Исландская сага рассказывает историю одного такого изгнанника, по имени Греттера Сильного, который вынес 19 лет подобной жизни и, наконец, застигнутый в своем уединении, погиб в ту самую минуту, когда Альтинг постановил, что действие проскрипции вполне прекращается после 20 лет (в 1030 году).

Несколько иное положение простого ссыльного. Его имущества также конфискованы, но, платя марку сеньору, он получает разрешение просить милостыню и пребывать в трех указанных ему местах. Он может в каждом из этих мест жить не более месяца и переходить из одного в другое, не опасаясь подвергнуться насилию, если только не будет отходить дальше 200 шагов и если, на пути, будет уступать дорогу проходящим. В продолжение трех лет, по три раза в лето, он должен являться на берег и просить какого-

нибудь судохозяина взять его на свое судно для отправки за границу. Если он не прибегает к этим просьбам и если остается на острове более трех лет или же возвратится на остров ранее чем через три года после своего отплытия, то делается изгнанником и поставленным вне закона. „Изгнанник считается вредным животным, истребление которого нуждалось в поощрении. Кто бы ни убил его, заслуживал награды. Сам изгнанник мог убить другого изгнанника же, и тогда он получал смягчение своего наказания, которое превращалось на первый раз в вечную ссылку, а потом — в срочную ссылку. За третьим убийством изгнанника следовало полное помилование. Этим же способом и друзья или родные изгнанника могли облегчать участь его, представив куда следует голову другого проскрипта“. (Дарест, „Исследования“, 317—318.)

Участь такого изгнанника была, конечно, далеко не радостна. Особенно, если такое изгнание сопровождалось, а это было принято у очень многих племен, потоком и разграблением всего имущества, что мы наблюдаем хотя бы у албанцев племени дукадшир. Здесь, по новейшим данным, „усадьба виновного и его домочадцы истребляются огнем или разносятся по частям; движимая собственность конфискуется вся вообще, за исключением оружия; поля, покрытые хлебом, топчутся ногами; скирды и снопы разносятся по домам; фруктовые деревья рубятся... Кровному возмездию подлежит вся семья виновного заодно с ее имуществом, движимым и недвижимым“. (Ковалевский, „Родовой быт“, стр. 9.) Но во всяком случае, и это уже громадный прогресс,— родичи отказываются от непосредственной мести и сохраняют преступнику жизнь. Известным вознаграждением за этот отказ уже здесь является присвоение определенной части имущества изгнанного оставшимися на месте членами рода. Еще лишний шаг вперед достигается назначением известного срока изгнания и, наконец, разрешением ему пребывать среди своих соплеменников в качестве отверженного, обозначенного позорным знаком в роде той повязки из камней, которую абреки носят у сванетов на Кавказе.

Если мы теперь попробуем перенести внутриродовой обычай наказания на отношения междуродовые, то, кроме пощады жизни виновного и устранения непосредственной мести хотя бы в тех случаях, когда чужеродник не пойман на месте преступления, открывается и другая возможность расширения внутриродовых обычаев. Не надо забывать, что громадное большинство более мелких проступков в среде рода подлежит суду и взысканию своих же родовых старейшин, часто во главе со своим патриархом или, в мате-

ринском роде, старшим братом наиболее авторитетной женщины. В некоторых родах, как известно, мы встречаем на положении таких старейшин не только мужчин, но и непосредственно женщин. По общему утверждению исследователей родового быта, власть таких старейшин чрезвычайно велика, хотя она и не опирается, за исключением выше приведенного изгнания, ни на какие меры уголовного наказания. В этой среде взаимные отношения настолько тесно связаны с хозяйственной общностью и коммунизмом, что они держутся целиком на авторитете, который мы назвали бы исключительно моральным или нравственным. На помощь этому авторитету приходят и религиозные воззрения тотемизма с его широко развитым религиозным запретом в виде „табу". Для нас важно здесь отметить религиозный и нравственный авторитет родовых старейшин, который естественно с ослаблением замкнутости рода получает более широкое значение.

Само собой разумеется, что мы ни одной минуты не верим в самопроизвольность развития правовых отношений между родами. Современная психология, с ее учением о колоссальной силе косности и инерции в человеческих коллективах, менее всего может допустить что-нибудь подобное. В основе и здесь лежали определенные хозяйственные условия, которые в частности дают нам постепенное расширение обмена, даже при господстве родового быта. Это было разложение замкнутого рода, и останавливаться здесь на подобном процессе не имеет никакой цели. У Моргана и Энгельса эта картина нарисована с достаточной яркостью и убедительностью, и здесь то, что нам изобразил Энгельс в „Происхождении семьи, собственности и государства", сохранило полную научную ценность. Нам только важно установить факт подобного, более широкого, междуродового общения, сопряженный часто с образованием высших племенных групп, чтобы на этом основании отметить и рост значения родовых авторитетов, из коих некоторые впоследствии перешли прямо на положение феодальных собственников, что достаточно показали в своих трудах и Фриман и Ковалевский. Здесь нам важно выяснить почву, из которой возникает уже междуродовой авторитет, и притом облеченный значением, немногим отличающимся от внутриродовой моральной и дисциплинарной власти.

И в самом деле, переход от изгнания к каким-нибудь иным способам возмездия, заменяющим собою частную войну, был возможен только при наличности каких-то третьих лиц, посредников или третейских судей, которые являются в истории права следующей ступенью после прямой родовой мести. И действительно, наличность таких посредников мы находим в громадном изобилии, при чем, как мы уже могли заметить выше, иногда их деятельность не-

посредственно связана с формами родовой мести и даже может явиться непосредственным ее дополнением. В этом отношении очень характерна деятельность тех персидских судей, о которых шла речь несколько раньше. Остановимся и здесь на некоторых данных. Общую характеристику такого положения дает Дарест, когда он утверждает, что война между различными родами „могла быть предупреждена или остановлена только третейским судом. Вообще посредники выбирались каждою стороною в равном числе и нередко нужно было избирать их из членов ученой и религиозной корпорации. Таковы брегоны Ирландии, брамины в Индии и понтифы у римлян. У других народов, германцев и славян, посредников брали прямо из старейших, которые на своем веку больше видели, следовательно, лучше знали обычаи“. По мере врастания родового быта в государственную организацию „эти посредники преобразуются в постоянных судей. Создаются смешанные суды, в которых посредники играют роль заседателей, при председателе, назначаемом главою государства. Таковы, например, суды, о которых говорит салический закон и в которых графы заседают, будучи окружены рахимбургами“. (Дарест, „Исследования“, стр. 137.) Таким же характером отличается и древний норвежский третейский суд, который носил название „Скиладомр“ (там же, стр. 308) [1].

Посреднический или третейский междуродовой суд мог состоять из своих же родовых старейших, или впоследствии из лиц, специально посвятивших себя такому толкованию права и обычаев. Что такое положение вещей отнюдь не ограничивается одной Европой, а встречается везде, где был родовой быт, подтверждается слишком достаточным количеством свидетелей. Для нас важно здесь отметить другую сторону, которая как раз связывает появление этой новой инстанции со своеобразным переломом в самой правовой мысли. Исключающие друг друга и прямо противоположные правовые требования отдельных враждующих и спорящих родов здесь уступают место свободному авторитету менее всего государственного, но третейского суда, который и является первым аппаратом не только для толкования права, но и для его закрепления. Нужно быть глу-

---

[1]) Значение суда посредников, как „более старинной формы разбирательства споров между родами“ подтверждает и Ковалевский, исследования которого относительно осетинского процесса были решающими для многих современных социологов. На основании работ последнего в свое время была обнародована монография Деклареля, „Суд у первобытных народов“ (на франц. языке, 1889 г.), где окончательно признано, что суды ирландских брегонов и франкских рахимбургов целиком подводятся под понятие посреднического суда. (Сравни также Пост, „Зачатки“, стр. 216—217.)

боким невеждой в области права, чтобы связывать появление твердых правовых норм, этого процессуального, а слишком часто и материального выражения права в кодексах, уставах, сборниках и символических процессуальных действиях исключительно с государственным законодательством, этим высшим выражением развитого классового права. Элементарное знакомство с ролью посреднического суда при междуродовых спорах и столкновениях показывает нам, какую исключительную роль играли все эти третейские судьи, не опиравшиеся ни на какой государственный авторитет, в деле создания твердой правовой идеологии.

Из положительно необозримого материала отметим лишь некоторые наиболее бросающиеся в глаза факты. Индусские кодексы — институты Нарады, институты Вишну, так же как предшествующие законам Ману институты Баутами, Баудгаяны, Васишты и Апастамбы заключают в себе традиционные правила, которые могут быть отнесены к очень глубокой древности. Они представляют собой сборники обычаев, которые впоследствии были реформированы браминами в качестве высших и профессиональных судей. Специально отметим далее законник реджангов на Суматре, как результат подобного же рода судебной практики на основе обычаев. Древнее еврейское право создалось целиком на почве старых правовых обычаев и практики судов. В позднейшую эпоху, после гибели иудейского царства, именно еврейские юристы, законники и раввины создали в Мишне и Талмудах настоящую кодификацию, полный закон и толкование, напоминающее по своему совершенству толкования римских юрисконсультов. Мусульманское право целиком создавалось не законодателем, а авторитетом ученых и знатоков ислама, из которых некоторые достигли такой же известности, как Сабин и Лабеон в области римского права. И до сих пор мусульманское право толкуется и поддерживается кадиями при содействии различных ученых и знатоков закона. Относительно чешского права, несмотря на многочисленные законодательные акты, можно, однако, утверждать, что именно различные сборники частного характера, неимеющие официального значения, положили основания для национального законодательства и, благодаря этому, в XVI веке можно было уже серьезно заняться кодификацией этого законодательства. Древнейшие записи и польского и русского права представляют собой сборники обычаев. Польское право до XIV века было неписанным обычаем, а первую редакцию его составил Казимир Великий. Это Вислицкий статут. В России такую же роль сыграла Русская Правда, которая была лишь собранием действующих издавна обычаев. Знаменитый Винодольский статут, памятник южно-славянского права, был только письменной

записью древних обычаев страны, как они сложились путем судебной практики. В Скандинавии, в частности в Швеции, первоначальное право было создано особыми сановниками, избранными народом, которые назывались „лагманами“ или людьми закона. Когда нужно было изложить на письме какой-нибудь обычай, то форму этого изложения давал лагман, и часто имя последнего связывалось с той или иной истолкованной им нормой права. Таких же людей закона находим мы в Норвегии, где они назывались „логмадрами“. Они были обязаны передавать и разъяснять народу право. В Исландии знаменитым сборником обычаев является „Грогос“ (серая гусыня). О кельтских и германских обычаях и их толкователях мы уже знаем. Точно так же известна роль римских понтифов, юрисконсультов и преторов. Впрочем, эти примеры мы могли бы увеличить без конца. Повторяем, только изумительным невежеством можно оправдать утверждение, что будто бы не существовало никакого обычного права и что право появляется впервые с наличностью государственной власти.

Нам, впрочем, неинтересно заниматься здесь восстановлением очевидности. Для нас важно другое. Все эти лагманы, брегоны, юрисконсульты и предшествующие им судебные посредники и третейские судьи были действительно той реальной инстанцией, взявшей на себя силою необходимости создание права, которое получило характер права междуродового. Таким путем за первым правом обиженного рода и за противоположным ему вторым правом обидчика явилось новое третье право — право, установленное посредником, которому первоначально без всякого государственного содействия, свободно и добровольно, подчинились обе стороны. Это право, как свидетельствуют социологи, направлено к общей цели водворения мира между воюющими сторонами на основании нового правового положения, и вначале посредники должны обращаться к спорящим с настойчивыми убеждениями решить дело миром и отказаться от непосредственного воплощения своего отдельного права той или иной стороны. При нахождении такой новой формулы могут быть использованы и старые способы возмездия, выработанные раньше. Посредник может постановить об изгнании, „потоке и разграблении“, и даже убийстве виновного со стороны мстителей. Но во всяком случае такой акт мести обладает новыми чертами. Подкрепленный, или даже, вернее совершенный на основании решения третейского суда, он не только снимает обязанность со стороны родичей казненного снова мстить противникам за его казнь, но, наоборот, прямо запрещает им какие-нибудь дальнейшие шаги в продолжении кровной мести. Если даже, как мы

видели выше, судебный посредник дает возможность своеобразного продолжения вооруженной борьбы за право в виде судебного поединка или дуэли, то и здесь результат один: замыкается цепь взаимной мести, право считается установленным окончательно и раз навсегда для обеих сторон и в случае, если бы одна из сторон ему не подчинилась, виновный подвергается коллективной мести со стороны всех участников процесса и охватывающего их коллектива. Общее право найдено.

Сравнивая подобное завершение спора с его окончанием в рамках хозяйственной борьбы, нельзя не увидеть громадной разницы в той идейной и идеологической оболочке, которая объемлет указанные формы. Если мы станем на точку зрения интереса, то само собой никакой интерес нельзя считать погашенным, раз имеется достаточная экономическая основа для его существования. Интерес может лишь встретиться с какою-нибудь фактической преградой, и носитель такого интереса может или временно отказаться от его осуществления,—до тех пор, пока он не получит достаточно фактических средств для его воплощения, или же он примет какой-нибудь обходный путь для того, чтобы, как говорится, „не мытьем, так катаньем“, но в конце концов все же добиться осуществления своего интереса. Тут может итти речь только о фактах, как об определенных материальных препятствиях, и отношение к ним может быть, с этой точки зрения, исключительно техническим. Никакой идеологии тут не имеется. И будет ли это охота на людей или война в целях завоевания или истребления, военная техника остается только техникой, поскольку идет речь о преодолении силой силы и победе над определенным вооруженным сопротивлением. Кто становится на путь технического осуществления своего интереса, тот тем самым выходит из области права.

Такое различение двух областей деятельности мы можем легко установить не только во время войны, но и хозяйственной эксплоатации. Принципиально, поскольку дело идет о хозяйственном использовании раба со стороны рабовладельца, единственным критерием здесь является экономическая выгода. Если для хозяина, при наличности дешевого рабского рынка, выгоднее заморить своего раба до смерти на голоде и смертоносной работе и затем заменить его новым живым материалом в целях такого же быстрого изнашивания, то он вполне прав, когда он замучивает до смерти сотни двуногого человеческого скота и немедленно заменяет умерших такими же обреченными на смерть. Если рабовладелец, наоборот, считает для себя наиболее выгодным сохранение рабочего мяса на более продолжительный срок, то с хозяйственной точки зрения будет более целесообраз-

ным улучшение пищи, сокращение работы и вообще более бережное отношение к сравнительно дорогому „орудию производства“. И если мы поставим теперь на место древнего рабовладельца современного капиталиста-предпринимателя, то опять-таки, поскольку он будет стоять на исключительно хозяйственной точке зрения, он может стремиться к использованию до смерти или, по крайней мере, до снабжения его смертельными профессиональными болезнями, или, в лучшем случае, до полного изуродования его нервно-мозговой системы и превращения его в идиота. Но тот же хозяйственный расчет может подсказать хозяину, равно как и рабовладельцу, особенно бережное отношение к редким экземплярам высокой квалификации, и, следовательно, „милостивое“ к ним отношение и даже награждение разными привилегиями. Так велит хозяйственный расчет.

Совершенно иначе действуем мы, когда к нашим отношениям мы применяем точку зрения или, вернее, организуем их при помощи правовой идеологии. Прежде всего, характерной здесь является наличность двух или более сторон, которые исходят из представления о нанесенном им убытке или вреде. Именно такое положение мы наблюдали на явлениях первобытного права и первоначальном выступлении борющихся за право сторон. В качестве главного образца мы брали все время иски об убийстве. Но, по свидетельству исследователей древнего права, древний процесс был вообще построен по принципу уголовного преследования, и даже там, где шла речь о гражданских правоотношениях, как, например, о восстановлении владения, самая форма иска получала характер иска о наказании и убытках. Как правильно говорит Дарест: „Вообще идея об убытках, происходящих от нарушения права, принадлежит древним законодателям... Это есть не более, как конкретное представление о праве. Для того, чтобы путем абстракции дойти до определения собственности и договоров, чтобы отличить и классифицировать разные виды обязательств, потребовалась долговременная работа, которая завершена только греческою философией и римскою юриспруденцией“. (Дарест, „Исследования“, стр. 39.) Это положение мы должны дополнить и еще одним утверждением: „Такое развитие права вообще стало мыслимым лишь после соответственного развития хозяйственных отношений, появления собственности и широкого торгового оборота“. За всем тем, однако, остается безусловно правильным, что в самой элементарной форме „конкретного права“, а именно в праве первобытном, мы находим необычайно яркой именно эту, мы утверждаем, основную черту всякого права.

Очень характерен в этом отношении индусский кодекс Ману, который в строфе 49 строго различает внесудебные

или „законные“ и судебные способы осуществления права. Относительно первых кодекс говорит: „Законные средства суть: во-первых, доброта, то-есть путь миролюбивый, во-вторых, общий обычай, то-есть обращение должника в рабство с отработанием долга сполна; в-третьих, хитрость, состоящая в позаимствовании кредитором чего-нибудь у должника, а также в удержании вещи, отданной последним первому на хранение или же удержанной в пользу кредитора третьим лицом; в-четвертых, пост, когда кредитор располагается у ворот должника и морит себя голодом (обычай, и теперь употребляемый в некоторых странах Индии) и, наконец, сила, посредством которой кредитор задерживает должника и принуждает его заплатить, надоедая ему угрозами и ударами. Следующая строфа поясняет, что когда кредитор таким способом добивается платежа своего долга, то он только старается получить свое и что царь, то-есть правосудие, не в праве вмешиваться в его дело. Но при этом всегда предполагается, что долг признается должником (aeris confessi, гласит закон XII таблиц); тогда как оспаривание долга делает необходимым предъявление иска в суде“. В последнем случае, становится обязательным обращение к суду, так как тут возникает спор о самом праве и притом в форме, которую можно считать всеобщей — а именно, в форме иска о возмездии и убытках. Так же рассуждает Зенд-Авеста, согласно которой нарушение договора составляет вину, так же смотрит индусское право, где неисполнение обязательства рассматривается как деликт. (Дарест, „Исследования“, стр. 39, 75, 95, 71.)

„Дух древнейшего права, говорит Иеринг, есть дух мести, удовлетворения за каждую случившуюся несправедливость. Не только за умышленную или ведением совершенную, но и за неумышленную или неведением совершенную несправедливость. Суровое чувство права видит в каждом оспаривании или задержке права личное оскорбление, преступление и требует соответственно этому не только простого признания или восстановления права, но, кроме того, личного удовлетворения, наказания противника. Кара следует в древнейшем праве за всеми нарушениями права, все равно, объективны ли они только, то-есть таковы, что при них на противника не падает субъективно никакого упрека и вполне отсутствует сознание и намерение нарушить чужое право, как, например, при добросовестном обладателе чужой вещи, который проигрывает процесс виндикации, или же они в то же время заключают в себе субъективную несправедливость. Наказывается должник, который не может заплатить; наказывается vindex, который при legis actio per manus injectionem оспаривает притязание вместо должника, наказывается лишением sacramentum, проигравший сакраментальный процесс,

и даже в формулярном процессе еще продолжается во многих учреждениях (напр. sponsio poenalis и др.) наказание за простой проигрыш процесса. Fur nec manifestus, который умышленно делает покушение на чужую собственность, постигается наказанием двойного штрафа, оно же постигает и владельца, проигравшего виндикационный процесс и присвоившего себе в продолжение времени плоды вещи, как будто бы он их украл, оно же постигнет продавца вещи, отнятой по суду у покупателя, как будто бы он хотел лишить истца покупной цены воровским образом". Таким образом „неоспоримо,. что наказание во всех этих случаях отправляет в то же время функцию вознаграждения убытков". (Иеринг, Дух римского права, стр. 109—110.)

Око за око — тут царит невозбранно. И если мы хотим в отличие от точки зрения хозяйственной целесообразности установить метод права, то мы должны определить его именно как требование равенства в первичной форме материальной компенсации. Таков закон справедливости, лежащей в основе права. Следовательно, если у меня отнята жизнь моего родича, то за нее я должен получить такую же, равную ей жизнь. Если мне причинен материальный ущерб, то мои требования простираются не дальше этого, при чем опять-таки такой ущерб должен быть нанесен похитителю или обидчику. Поскольку же решение вопроса о праве передается на заключение посредников или судей, то и они должны руководствоваться отнюдь не моими интересами или интересами моего противника, но строгой соразмерностью нарушения права и его восстановления, причиненного мне зла и зла, которое должно быть причинено моему обидчику. Роль судьи в таком случае ограничивалась бы исключительно уравновешением двух чашек весов, и самым высшим конечным результатом общественной функции суда было бы такое уравновешение с признаком окончательности и бесповоротности. Раз судьей установлена справедливость, то больше ничего не требуется. Мы имеем перед собою, так называемое, судебное решение — rem judicatam, и во всяком случае никакой дальнейший спор немыслим. Важнейший здесь результат есть установление мира, который дается расширением родового мира на более широкие круги. Идеологически говоря, строгое право нисколько не заинтересовано в хозяйственных успехах спорящих, ему важно лишь прекращение спора ценой установления формального равновесия. (Ср. Лафарг, „Детерминизм", стр. 114—115. Летурно, „Прогресс нравственности", стр. 183 и след.)

Такой характер права может возмутить всякого материально мыслящего человека и, может быть, в особенности,

общественника-марксиста. Это настолько не соответствует целесообразному устроению жизни и нарушает ее основной хозяйственный тон. На этом основании многие считают возможным игнорировать исторически сложившуюся природу правовой идеологии и прямо подменяют ее другим содержанием. Но совершенно одно объяснить происхождение известной идеологической формы из экономической структуры общества, и другое — уяснить себе форму того или иного отражения, которое получается, как ответ или реакция, на данное экономическое явление. Первобытное право отнюдь не вышло как Афина из головы Зевса. У этого права были определенные хозяйственные предпосылки. Междуродовые столкновения происходили несомненно на основе борьбы за границы или пределы охотничьих округов, а впоследствии — пределы скотоводческой кочевки или коммунально обрабатываемой земли. Но люди, выросшие в пределах первобытного рода и в условиях дикарского хозяйства, не были способны подойти к решению вопроса с его настоящей хозяйственной стороны. Их мозг и нервы не содержали в себе достаточного количества навыков, эмоций и комплексов, чтобы экономику понять как экономику. Они воспринимали ее при помощи того опыта, который у них был и который был воспитан родовой средой, дающей развитие боевых инстинктов и эмоций мести и напоен воспоминаниями, вынесенными ими из коммунистических обычаев. А эти последние несли с собой привычку к равномерному разделению труда и к равному использованию его продуктов. Идея равенства должна была бы быть особенно присущей первобытному коммунизму, где не было еще его нарушения в виде частной собственности и классового господства. Когда поэтому приходилось реагировать против чужеродцев, то на первый план выступали инстинкты родового защитника и бойца и чувства мести против всякого нарушения равенства. Это было порой экономически невыгодно, но зато вполне естественно.

Другой вопрос относительно того, смогла ли правовая идеология приспособиться к дальнейшей хозяйственной эволюции и оказаться достаточно гибкой для выражения новых отношений. Ибо мы знаем прекрасно, что человечество не остановилось при первобытных формах примитивной охоты и столь же несовершенного земледелия, но перешло к более сложным производственным орудиям и сообразно с этим перестроило свои отношения. Явилась не только возможность некоторого накопления, но и обмена, разделения труда и социального расслоения. Все эти процессы происходят еще в рамках родового строя и в конце концов взрывают его. Охота на животных незаметно перешла в охоту на людей, война получила чисто экономические задачи и постепенно

создала торговлю в ее первоначальной форме, где каждый купец в такой же степени был пиратом и воином, как торговцем. И если при первоначальном родовом быте суд посредников сумел привести к окончанию бесконечные частные войны и взаимное истребление, то спрашивается, оказалась ли правовая форма (с ее, выросшей из спора справедливостью) достаточно гибкой, чтобы вместить в себя новые хозяйственные и социальные отношения? От этого зависело самое существование правовой формы точно так же, как от гибкости и приспособляемости религиозной идеологии зависело дальнейшее ее развитие несмотря, на всю нелепость отражения, которое она давала в своих построениях. И право и религия, конечно, исчезли бы совсем, если бы они перестали совершенно служить материальной жизни и оказались неспособными, так или иначе, отражать ее и давать ей нужные мотивы к реальной деятельности. Но степень отражения может быть весьма различна. Экстенсивное хозяйство при своей общей громадной убыточности несравненно легче переносит пороки приспособления и организации, нежели хозяйство интенсивное, и способно мириться с потерями, которых тонкий организм современности вынести бы не смог. Стоит тут только вспомнить о неисчислимых сокровищах, которые были в буквальном смысле слова истреблены и разрушены во имя одного только культа мертвых.

Л а ф а р г, останавливаясь на развитии первобытного права, намечает три ступени его развития: кровную месть, талион или закон строгого возмездия и систему композиции. И кровную месть и талион он считает родившимися одинаково в рамках первоначального коммунизма. Талион отличается от кровной мести лишь тем, что, будучи применен в рамках более широкого общения, он заканчивает акт мести на причинении убийце того самого вреда, который им причинен пострадавшему. „Талион есть только осуществление равенства в оскорблении — искупление, по объему равное обиде; только ущерб, с точностью равный повреждению — жизнь за жизнь, ожог за ожог — может удовлетворить стремящуюся к равенству душу первобытных людей. Инстинкт равенства — предписывающий равный дележ при распределении продовольствия и имущества — создал талион; введение его в быт первобытного общества было вызвано необходимостью предотвратить гибельные последствия кровавой мести“. И хотя талион для своего утверждения нуждался в обычае и третейском суде, он не требовал от первобытного человека никаких усилий, которые не были бы подсказаны ему, с одной стороны, инстинктивным ответом на обиду и с другой — чувством равенства, воспитанным в нем коммунистическим бытом. Другое дело — система композиции. Здесь нужен был целый ряд экономических изменений для

того, чтобы создать перевод обиды и ущерба на материальное и денежное вознаграждение и превратить месть в получение определенного выкупа по раз навсегда установленной таксе или говоря современным языком — прейс-куранту. (Лафарг, „Детерминизм“, стр. 116—121.)

Для того, чтобы перейти к денежной оценке преступления, надо было прежде всего познакомиться с обменом и тем или другим орудием обмена в виде какого-нибудь ходкого товара. Рабство и работорговля были здесь хорошей школой: „Обмен живых людей на быков, оружие и другие предметы приучил варвара давать не кровь за кровь, а другой эквивалент“. Но этого мало. Система композиций могла родиться лишь там, где счет, равенство и уравнение знают более сложные формы. Это было достигнуто благодаря уравнительному пропорциональному дележу земли при господстве земельной коммуны, а еще более там, где благодаря системе орошения переделы были периодическими. В первобытном коммунизме господствовало полное непосредственное равенство. От обозначения равного дележа получили свое название и греческая богиня судьбы, Мойра и богиня справедливости, Дике. Но только пропорциональный дележ полей дает равенство распределяющее сообразно качеству участков и числу работников или едоков. Неравенство, рожденное появлением частной собственности, еще более увеличивает чувство пропорции и расстояния между одним и другим. Прямая линия надела становится прямой или правой линией поведения. Земельный надел превращается в удел и закон. А огражденный правым обычаем семейный участок — в частную собственность, которая вначале дается „справедливо“ и „пропорционально“. (Там же, стр. 129—134.)

Если мы с этой точки зрения подойдем к истории первобытного права, мы увидим, что оно оказалось способным к новому повороту от актов непосредственной мести, частной войны и талиона. Отмеченное уже расширение родового мира вместе с появлением торговли и частной собственности сыграло здесь удивительную роль. Отметим здесь несколько отдельных процессов, которые сплетаются все вместе и в конце концов заканчивают развитие первобытного права. Остановимся прежде всего на переходе к системе композиций, которая в противоположность первоначальной „криминальной“ окраске всего права диалектически поворачивает его развитие в сторону совершенно исключительного „цивилизирования“, или перехода его в область гражданских правоотношений (от слова цивильный). И как раз то смешение принципа убытков и начала мести, которое мы наблюдали выше, дало возможность от непосредственного возмездия перейти к принципу выкупа, который был одинаково включен в первоначальное право-

вое требование. Если в одинаковой степени вор, должник или нарушитель семейной чести отвечают своею жизнью как убийца, то совершенно последовательной является и замена жизни тем выкупом, который за нее платится [1]).

Подобный выкуп мы встречаем в самой различной мотивировке. То это уплата за нарушение мира тому коллективу замиренной среды, в границах которого совершено преступление. Таковы собственно древне-славянская „вира" и древне-германский „фредум"; им соответствует „типпонгбуми" (искупление за осквернение земли) у реджангов Суматры. На-ряду с этим уплачивается „головничество" или вознаграждение в пользу родственников убитого за его жизнь—голову—германский „вергельд". У некоторых народов и племен мы встречаемся, наоборот, с особого рода выкупом, который обозначает собой цену крови убийцы и является таким образом вознаграждением за сохранение его в живых, другими словами за отказ от мести. Первоначально суммы вознаграждения или композиции не были точно определены и устанавливались от случая к случаю в результате судебного спора и решения судьи, который получал в таком случае свою часть. Впоследствии однако мы встречаемся с твердой таксировкой различных видов вознаграждения, при чем сборники обычного права дают нам самые настоящие и притом необычайно точно разработанные прейс-куранты или списки такого рода пеней или вознаграждений. Одним из самых серьезных оснований для вмешательства разных князьков и царьков в судебное производство является именно получение ими „виры" в свою пользу.

Система композиций в глазах историка имеет чрезвычайно важное значение. Во-первых, если мы изучим порядок взимания головничества, то мы должны будем отметить все большее сужение круга лиц, которые имеют право по-

---

[1]) Как говорит Пост: „Мало-по-малу развивающийся выкуп кровной мести и лишения мира ведет к замечательному явлению, именно, к системе композиций, которая всюду на земном шаре соответствует переходу от господства союзов мира к периоду государственности. Всякое преступление может быть выкуплено уплатою определенной пени. Так, у реджангов на Суматре, все наказания могут быть выкуплены деньгами. У мангышлакских трухменов все тяжбы прекращались наложением денежных пеней или вознаграждением скотом; ни телесных наказаний, ни смертной казни там не существовало. Калмыцкий законник хан Галдана весь основан на системе композиций; в сущности он заключает лишь пени. Точно так же по киргизским законам хана Тявки за все преступления можно было откупиться путем соглашения с родственниками или с обиженным. С той же стадией развития мы встречаемся в законах ирландских брегонов, в статуте Казимира Великого, во франкско-немецких правдах, в позднейших скандинавских правах, у многочисленных африканских, особенно, южно-африканских народностей, у сиамцев, в области индусского права, короче, всюду, где мы встречаемся с зачатками государственности. („Зачатки", стр. 168—169.)

лучить цену крови за нанесенный им тяжелый вред и убийство родственника. Нельзя не видеть отсюда, что родовое общение все более слабеет и, перенося свой „мир“ на более широкие объединения, в то же время, в качестве основной единицы, выделяет то широкую, то уже совсем узкую семью Во-вторых, система композиций в своем развитии дает совершенно изумительные градации и оттенки. Она с такой тщательностью и подробностью оценивает каждый оттенок, каждую градацию в совершенном преступлении, что здесь мы имеем бесспорное влияние торгашеского духа, который мог возникнуть лишь при широко развитом обмене. И если даже наиболее заинтересованным в твердом получении своей виры оказывается сначала община (дикая вира), а впоследствии заступивший место родовых старейшин племенной князь, то от этого дело нисколько не меняется. Тонкость оценки и подсчета носит на себе все следы весьма развитой торговли [1]. Примитивное око за око здесь вменяется расценкой, которой свойственны две новые черты. С одной стороны, простое арифметическое равенство заменяется пропорцией, чем окончательно и достигается образование справедливости, как мы ее находим хотя бы у Аристотеля, в качестве справедливости, дающей равенство арифметическое и геометрическое или пропорциональное. Второй чертой здесь является уравнение, которое производится между убытками или вредом и соответственным материальным эквивалентом. На-

[1]) Приведем в качестве примера таблицу, составленную сравнительно по вестготскому и сиамскому праву, где проведена тончайшая расценка по полу и возрасту:

У вестготов (по Grimm).

МУЖЧИНЫ.

| Возраст. | Вергельд. |
|---|---|
| До году | 60 сол. |
| 2-й, 3-й год | 70 „ |
| 4-й, 5-й, 6-й год | 80 „ |
| 7-й, 8-й, 9-й „ | 90 „ |
| 10-й год | 100 „ |
| 11-й „ | 110 „ |
| 12-й „ | 120 „ |
| 13-й „ | 130 „ |
| 14-й „ | 140 „ |
| 15-й „ | 150 „ |
| 16-й „ | 160 „ |
| 17-й „ | 170 „ |
| 18-й „ | 180 „ |
| 19-й „ | 190 „ |
| 20-й—50-й год | 300 „ |
| 50-й—65-й „ | 200 „ |
| Выше 65 лет | 100 „ |

ЖЕНЩИНЫ.

| Возраст. | Вергельд. |
|---|---|
| До году | 30 сол. |
| 2-й, 3-й год | 35 „ |
| 4-й, 5-й, 6-й год | 40 „ |
| 7-й, 8-й, 9-й „ | 45 „ |
| 10-й год | 50 „ |
| 11-й „ | 55 „ |
| 12-й „ | 60 „ |
| 13-й „ | 65 „ |
| 14-й „ | 70 „ |
| 15-й—40-й год | 250 „ |
| 40-й—60-й „ | 200 „ |
| Выше 60 лет | 100 „ |

сколько последняя расценка идет в самую суть дела, показывает тот факт, что в сборнике царя Вахтанга делается не только различие в цене, но и указывается, сколько из этой цены надо покрыть деньгами, сколько предметами и притом какими: одни принимают быков, коров, овец, лошадей, оружие и годные к домашнему употреблению железные и медные вещи, другие же в счет головничества берут только деньгами, золотом, серебром, медью, крепостными крестьянами, имением, дорогими каменьями, жемчугом и т. п. Как очевидно, здесь вырабатывается уже справедливость пропорциональная, корни которой мы можем найти только при развитом торговом обороте. (Сборник царя Вахтанга VI, Введение, стр. 18—22.)

Равенство по справедливости, которое вырабатывается первобытным правом в его элементарных формах, таким образом здесь достигает нового развития пропорционального отношения. Эта пропорция оказывается особенно пригодной для выражения народившихся классовых градаций, разлагающих первоначальный родовой быт. Со вступлением

---

У сиамцев (по Bastian, Rechtsverhältnisse).

| МУЖЧИНЫ. Возраст. | Вергельд. | ЖЕНЩИНЫ. Возраст. | Вергельд. |
|---|---|---|---|
| 1—3 месяцев | 6 тикулей | 1—3 месяцев | 4 тикуля |
| 4—6 „ | 8 „ | 4—6 „ | 6 „ |
| 7—9 „ | 10 „ | 7—9 „ | 8 „ |
| 10—11 „ | 12 „ | 10—11 „ | 10 „ |
| 1—2 лет | 16 „ | 1—2 лет | 12 „ |
| 3—4 „ | [illegible] „ | 3—4 „ | 16 „ |
| 5—6 „ | 24 „ | 5—6 „ | 20 „ |
| 7—8 „ | 32 „ | 7—8 „ | 28 „ |
| 9—15 „ | 44 „ | 9—10 „ | 32 „ |
| 16—20 „ | 48 „ | 11—15 „ | 36 „ |
| 21—25 „ | 52 „ | 16—20 „ | 40 „ |
| 26—40 „ | 56 „ | 21—30 „ | 48 „ |
| 41—50 „ | 48 „ | 31—35 „ | 44 „ |
| 51—55 „ | 40 „ | 36—40 „ | 40 „ |
| 56—60 „ | 32 „ | 41—45 „ | 36 „ |
| 61—65 „ | 24 „ | 46—50 „ | 32 „ |
| 66—70 „ | 16 „ | 51—55 „ | 28 „ |
| 71—75 „ | 12 „ | 56—60 „ | 24 „ |
| 76—80 „ | 10 „ | 61—65 „ | 16 „ |
| 81—85 „ | [illegible] „ | 66—70 „ | 12 „ |
| 86—90 „ | 6 „ | 71—75 „ | 10 „ |
| 90—100 „ | 4 „ | 76—80 „ | 8 „ |
| | | 81—85 „ | 6 „ |
| | | 86—90 „ | 4 „ |
| | | 91—100 „ | 3 „ |

Тикуль или тикаль — монетная единица, приблизительно 90 коп. (Пост, „Зачатки“, стр. 172—173.)

на путь пропорциональной расценки в коммерческом вкусе явилась полная возможность расценить соответственно и авторитет, и власть, и общественное достоинство. И если считать первыми двумя признаками системы композиций ее все более индивидуальный характер и тонкость пропорциональной расценки, то как раз третьей чертой необходимо признать ее классовый характер. Это первый шаг правовой идеологии в деле приспособления к классовым отношениям. Можно сказать, здесь мы впервые встречаемся с начатками классового права, притом в ближайшей связи с расценкой членов высшего класса и представителей государственной власти с точки зрения их положения в общей связи социальной иерархии, или, иначе говоря, геометрической справедливости. Надо заметить при этом, что она уточняется еще тем, что принимает во внимание не только ранг и класс потерпевшего, но также и социальное положение обидчика.

Особые таксы за убийство лиц высшего ранга мы встречаем одинаково, как у азиатских и африканских народов, так у европейских племен. Пост приводит увеличенное головничество пропорционально рангу у реджангов на Суматре, у яванцев, так же как у сиамцев. Обычно композиция за человека высшего сословия или положения удваивается. У кельтов по древнему праву цена тела определялась одинаково для всех сословий в размере 7 рабынь или 21 штуки рогатого скота. Но взималась сверх того цена чести, размер которой зависел от состояния и общественного положения жертвы. У салических франков обыкновенный вергельд равнялся 200 су, но он увеличивался в три раза за преступление, совершенное над лицом, состоящим на королевской службе. У германцев и рипуариев, так же как у бургундцев, алеманов, баварцев, и саксонцев мы находим подобное же различие. У славян в частности у чехов, за дворянина платят в десять раз больше, чем за лицо низшего сословия, и, таким образом, дворянин получает не ниже 500 гривен или марок серебром, 500 фунтов воску, 50 кусков сукна и боевого коня. По старому польскому праву человекоубийство, совершенное кметом над кметом оплачивалось десятью марками, в то время как убийство дворянина шестьюдесятью марками. По старой Русской Правде за бояр платится 80 гривен, а за смердов 40 гривен. Особенно, однако, характерна такса, которая установлена была в Грузии законами царя Вахтанга. Вот она полностью: „§ 26-й. На удовлетворение за кровь по убиении первейшего князя определяется пятнадцать тысяч триста шестьдесят рублей (серебром); столько же за кровь архиепископа, а митрополита пятою частью менее того. § 27-й. За кровь среднего князя, который обыкновенно ниже первейшего, семь тысяч шестьсот

восемьдесят рублей. Столько же за кровь епископа и родственника первейшего князя. § 28-й. За кровь третьеклассного князя — три тысячи восемьсот сорок рублей; столько же и за кровь архимандрита. § 29-й. За кровь первейшего дворянина (знаура) — тысяча девятьсот двадцать рублей; столько же и за кровь настоятеля. § 30-й. За кровь второклассного дворянина (среднего класса дворянина)—девятьсот шестьдесят рублей; столько же и за кровь иеромонаха, а простого инока пятою частью менее. Равное с второклассным дворянином удовлетворение за кровь определяется и богатейшему купцу — мокалаку. § 31-й. За кровь третьеклассного дворянина — четыреста восемьдесят рублей; столько же и за кровь священника и второклассного купца. § 32-й. За кровь служителя — двести сорок рублей; столько же за кровь архидьякона и третьеклассного купца. § 33-й, За кровь крестьянина — сто двадцать рублей; столько же и за кровь купца четвертого класса". (Сборник законов Вахтанга VI. Изд. Френкеля. Тифлис 1887 г.)

Как очевидно, пропорциональная справедливость оказалась вполне способной в соответственном эквиваленте выразить социальное неравенство, которое заняло место прежнего равенства. Справедливость, однако, торжествует попрежнему, и количественный принцип чисто математически выражает качественные отличия. Это—полное воплощение понятия справедливости, как ее понимал Аристотель. Ибо, по его учению, справедливость в узком смысле слова основана на „равномерности": „Необходимо, чтобы справедливое было серединой и равномерным (по отношению к известным предметам) и лицам", оно „предполагает.... по крайней мере четыре условия: два лица, по отношению к которым оно справедливо, и два предмета, к которым оно относится". Такое равенство или равномерность может быть двух видов: во-первых, — по типу пропорции арифметической, которая употребляется при обмене, она „с лицами обходится, как с равными во всем", а в случае преступления и причинения „несправедливости, состоящей в неравенстве, судья старается приравнять", т.-е. „путем наказания восстановить равенство, отнимая выгоду у действующего лица". Такова „справедливость уравнивающая". Во-вторых, — „справедливость по типу пропорции геометрической, ее задача—делить по достоинству", она руководится „достоинством" лица, при чем „мерило" этого достоинства может быть самое различное. Это „справедливость распределяющая". И та и другая есть справедливость „в чужом благе". (Этика Аристотеля. Пер. Радлова, СПБ., 1908 г. кн. V §§ 2—10, 14.)

Сближение права и справедливости некоторые из юристов, стоящие на марксисткой точке зрения, почему-то считают верхом идеалистического воззрения на право и архи-

буржуазным предрассудком. Это происходит, конечно, потому, что, подчиняясь в понимании этого вопроса литературе буржуазного общества, подобные марксисты не могут сопоставить права и справедливости как-нибудь иначе, как это делают приверженцы капиталистической справедливости. Действительно, у последних справедливость является основной, так сказать, производящей идеей, а право оказывается каким-то выводом или даже творением такой великой абсолютной ценности. Это представление, совершенно исторически неверное, и есть результат создания специально классовой буржуазной идеологии. Если, действительно, принять на веру такие положения, что „справедливость есть добродетель права и государства“, что в „ней заложена связь между этикой и правоведением“ (Г. Коген. „Этика“), или, что справедливость „наполняет собою право; оно жаждет справедливости“ (Е. Пикар. „Чистое право“), или, что „право для того, чтобы исполнить свое призвание, должно остаться, прежде всего, верным самому себе и развиваться и жить согласно своей собственной идее. Если же оно унижается до положения средства, а идея справедливого растворяется в понятии полезного, внешняя же целесообразность признается, как единственное мерило правовых положений, то таким образом обесцененное право скоро оказывается негодным даже в качестве простого средства и более не в состоянии выполнить свою культурную задачу“ (Гирке. „Немецкое частное право“) — то, конечно к иному воззрению, как чисто отрицательному насчет „великой идеи справедливости“ (Гредескул. „Лекции“, 1909 г.), марксисту прийти никак нельзя. (Ср. материал, приведенный мною по этому поводу в моем „Государстве“, Изд. 2-е, стр. 133—135.)

Однако можно поставить вопрос — обязательна ли для нас та точка зрения, которую проповедуют ученые буржуазного мира? И не следует ли проверить соотношение „справедливости“ и права на тех материалах, которые мы имеем, хотя бы, в первобытном праве. Здесь у самого истока правовой идеологии, как мне кажется, мы можем установить с совершенной определенностью обратное положение: не справедливость создает право, а право, или, вернее, та форма организационного мышления, которая применяется здесь в виде правовой (двояко отраженной) идеологии, приводит нас к известному обобщению, которое мы называем отношением справедливости. Другими словами: право создает справедливость. Каким путем? — Это мы видели выше. Первобытное мышление, защищая родовой интерес, идет не по линии причинно обоснованной целесообразности, а по линии идеологического уравновешивания причиненного вреда и возмездия. Впоследствии прямое арифметическое равенство, выработанное таким мышлением, благодаря раз-

рушению родового быта и развитию торговли, получает идею пропорциональности. Та же торговля дает возможность заменить один эквивалент другим, и в результате получается уравновешение жизни человека при помощи известного числа быков, баранов, лошадей, рабынь, и, наконец, с наступлением денежного обмена — известного числа сольдов, динариев, гривен, марок и т. п. Классовое расслоение и рождающаяся государственная власть вносят в этот прейс-курант новые ценности социального „достоинства“, которые уже сравнительно легко входят в подвижную таксу общего прейс-куранта композиций.

Так получается в начале арифметическое равенство между убийством на стороне одного рода и убийством на стороне другого рода. Труп равняется трупу. И по этой схеме, надо отметить, работают весьма многие древние кодексы, которые в буквальном смысле слова требуют око за око, ухо за ухо, палец за палец, ногу за ногу. Как гласит уложение вавилонского царя Хаммураби: „Если кто-нибудь повредит глаз у свободного, то должно повредить глаз ему самому“. (Ст. 196.) „Если он сломает кость у свободного, то должно сломать кость ему“. (Ст. 197.) „Если кто-нибудь выбьет зуб у лица одинакового положения, то должно выбить зуб ему самому“. (Ст. 200.) „Если кто-нибудь, ударив свободную, причинит выкидыш ее плода.... и если эта женщина умрет, то должно предать смерти его дочь“. (Ст. 209, 210.) („Законы царя Хаммураби“. Изд. под ред. проф. Тураева, М 1914 г.) Но вот по образцу торгового обмена вводится и здесь обмен одного предмета на другой, человеческая жизнь подвергается расценке, и устанавливается новое равенство более тонкого и сложного типа. Совершенно правильно поэтому однажды заметил Маркс, когда он сказал, что товар есть величайший уравнитель, или „левеллер“. Происходит уравнение, которое позволяет уже измерять всякую нанесенную рану и выяснять точно ее длину и глубину; если вырвана борода, то считаются волоса и за каждый волос взыскивают по марке. (Венгерское право — гражданское и обычное право восьми древних свободных городов Венгрии.) Производится специальное измерение ран при помощи ячменных зерен, и вознаграждение уплачивается в строгой пропорции размера поранения. Это уже прогресс, но справедливость рождается из этого права попрежнему в виде строгого уравнения двух равноценных эквивалентов. Наконец, делается последний шаг в рамках первобытного права, и подобно тому, как повышается цена на более редкий и нужный товар, точно так же простое тело бывшего члена рода теперь уступает место пропорциональной таксировке тела смерда или кмета, тела дружинника, милеса или рыцаря, тела князя, графа или дворянина высших степеней. С появлением частной собствен-

ности справедливость завершает свою работу. Будучи по своему происхождению не чем иным как „проявлением духа равенства“ она освящает неравенство между людьми, порождаемое этой собственностью. Она пожирает свою мать — „разрушает породивший ее дух равенства и освящает порабощение человека“, а право, раз приобретенное, „становится независимой и самодвижущейся социальной силой, господствующей над человеком и обращающейся против него“. (Лафарг. „Детерминизм“, стр. 137 — 138.)

Справедливость здесь не руководящая и царственная „идея“ в духе платоновских единственно реальных идей. Это лишь обобщение, которое говорит нам, что правовой идеологии, как одному из видов формального мышления, в корне своем неверного и отраженного, принадлежит одно характерное свойство извращения: оно заключается в том, что здесь человек, под давлением определенных хозяйственных причин, мыслит не прямо, а углами, и вместо того, чтобы прямо пройти по аллее, посредине между двух рядов деревьев, он, подобно щедринским „головотяпам“ считает необходимым обтяпать каждое дерево своей собственной головой. Не надо забывать, что самое правильное и естественное мышление есть результат необычайно долгого развития и рождается только при обстановке чрезвычайно сложного производительного процесса. Если же такое варварское мышление, а в том числе и юридическое, сохраняется до сих пор, то это лишь показатель того, что мы до сих пор еще не пришли ни к совершенному, техническому производству, ни к действительному равенству, ни к действительно адэкватному диалектическому мышлению. Но, с другой стороны, нет никакой возможности раскрыть природу тех или иных идеологических надстроек, если мы не проследим за их дикими и нелепыми построениями, как они рождались с исторической необходимостью при данных материальных условиях. И если мы много занимаемся такою „нелепостью“ (Энгельс), как различные религиозные мифы, то мы должны с такою же тщательностью раскрыть секреты правовой формалистики, для того, чтобы знать ей цену в настоящем. А не зная природы права, стремиться выразить в его формах — сплошь и огулом, вплоть до диктатуры пролетариата — жизнь социалистического переходного строя, — это преступление по отношению к победившему пролетариату.

Будучи выражением плохо отражающего правового мышления, справедливость играет, однако, громадную роль и в родовом и в классовом обществе. Она есть способ разрешения своеобразной социальной задачи на простое равенство и пропорцию. Она является методом построения математической задачи, где в качестве основных элементов противо-

стоят, с одной стороны, „мое право“, с другой „чужое право“, таким образом, что в результате, по подведении соответственных итогов, получается „общее право“. Или, говоря юридическим языком, „субъективное право“ одного и „субъективное право“ другого в своем противоречии получают примирение благодаря „объективному праву“, получающему характер чего-то, стоящего над первым и вторым. Это раскрытие своеобразной загадки происхождения объективного права из права субъективного при помощи судейского решения или, другими словами, акт установления того, что юристы называют „нормой“. Таким образом, соотношение между „моим правом“ и „чужим правом“, которое устанавливается при помощи „общего права“, или права коллективного, общественного, и есть не что иное, как „справедливость“. Если с точки зрения пропорционального отношения моего и чужого права к праву общему устанавливается определенное прямое или пропорциональное равенство между моим правом и чужим, и я нахожу это равенство правильным, самое решение судьи я называю справедливым. Если требование чужого права и моего права совпадают с общим правом, я называю это требование справедливым. И в конце концов, если я выступаю со своим требованием, как справедливым, то я этим высказываю суждение, что признаю мое право совпадающим с правом общим, или нормой, к которой я и обращаю мою апелляцию.

Общее право—по-английски как раз это название и сохранилось для позитивного обычного права („common law“) — в качестве объективного права или нормы было громадным открытием и, на наш взгляд, величайшим изобретением судебного процесса. Будучи выработано на почве нарушенного права, оно получило возможность значительного развития и расширения в различных направлениях. Ибо, то отношение, которое было признано на суде правым и справедливым, отнюдь не родилось здесь во время судебного разбирательства. Напротив, во время процесса шла речь как раз об отношениях, предшествующих суду, источник которых лежал, может быть, в весьма отдаленном прошлом. Следовательно, по логическому заключению, такое отношение было правым с самого начала, и если сейчас нарушенное право оплачивается ценою возмездия, то это потому, что оно существовало задолго до суда и только потерпело повреждение благодаря чужому противоправовому действию, которое, быть может, само претендовало на значение правового и справедливого. Отсюда два основных вывода: один заключается в установлении правовой

нормы, как критерия и шаблона для справедливости в известных областях и отношениях, другой— в возможности признания за теми отношениями, которые еще не дошли до суда и не были нарушены, особого правового характера, который делает их способными, в случае возникновения спора, оправдать себя с точки зрения данной нормы, как общего права, как выработанного в данном коллективе шаблона справедливости. Эти оба вывода имели совершенно исключительное значение для развития права на протяжении целых столетий: они ему дали способность необычайно гибкого и вместе с тем твердого аппарата, охватившего широкий круг общественных взаимоотношений.

Мы не будем останавливаться здесь специально на выяснении общественного характера нормы, вырабатываемой первобытным процессом. Как будто, по этому поводу нет никаких разногласий, и нет ученого, который бы отрицал, что решение суда, даже в его самых примитивных формах, продиктовано общественным интересом более узкого или более широкого объединения, племени, сельской общины, класса, или, наконец, государства. Отметим, разве, здесь многочисленные случаи судебного разбирательства непосредственно на собраниях племени, общины или округа с заменою в некоторых случаях такого широкого собрания различными старейшинами, посредниками или выборными, при чем весьма часто совмещаются обе эти организации. Укажем здесь на участие послухов и соприсяжников, которые являются в определенном числе с каждой стороны и в некоторых случаях превращаются в третейских судей, — „двенадцать добрых мужей“ или присяжных заседателей,—а в других, постепенно сокращаясь в числе, в простых свидетелей. Напомним здесь кстати, что большинство судебных действий, как по вызову в суд, по производству осмотра и следствий и, наконец, по исполнению судебных решений совершалось первоначально коллективно, так как все осуществление судебного процесса целиком зависело от доброй воли определенного коллектива, но меньше всего от велений какой-нибудь государственной власти. Не будем приводить здесь фактических данных и потому, что к этому вопросу мы еще вернемся при рассмотрении отношений государства и права.

Здесь для нас гораздо важнее отметить другую сторону, а именно то внешнее выражение права и правовых действий, которое должно было положить резкую грань между фактом и правом еще в весьма ранние времена. Конечно, способ символического выражения был вообще свойственен людям в то время, когда они не были в состоянии дать точное логическое выражение своим мыслям. Поэтому вообще древние времена отличаются преоблада-

нием обрядовых церемониальных действий, и самое беглое знакомство с любым исследованием по социологии может дать массу подобных примеров. Однако употребление символов и обрядностей в некоторых областях жизни сохранилось и до настоящего времени. Оно царствует до сих пор в условиях, так называемого, „быта“, особенно брачных и семейных отношений. Казалось бы, символике не место в современной правовой жизни, где сейчас в достаточной степени применяется строгий расчет и точный учет экономической мощи. Однако мы наблюдаем совершенно исключительное господство символики, обрядности, церемониальных действий и формальной схоластики доныне в царстве права и юрисдикции. Кажется, английские суды в этом отношении побили все рекорды. Это настоящий маскарад с подробным сценическим ритуалом и условной речью, неуступающей по своей обрядовой силе любому древнему культу. Однако и наш советский суд не может отделаться от известной символичности формул и действий в целях обозначения той особой правовой сферы, в которую в данном случае переводится жизнь.

Нечего говорить, что первобытное право особенно резко подчеркивает символику своих правовых действий и старается этим путем придать жизненным фактам особый правовой характер. И если в области права в отличие от других жизненных действий и отношений все оценивается и совершается с точки зрения защиты пропорциональности и равенства в согласии с общей меркой справедливости, то эти явления должны получить особую заметную и выразительную окраску, которая отличала бы их от других и выделяла их особенную форму. Формальность права естественно и необходимо влечет за собой и преувеличение его внешней формы; и мы это замечаем не только в области уголовного процесса, где в конце концов развивается нелепая казуистичность и дикий формализм, но в неменьшей степени в области тех отношений, которые непосредственно рождаются в области хозяйственного оборота. Возьмем к примеру хотя чисто, казалось бы, хозяйственный акт передачи определенных хозяйственных благ от одного лица к другому, при чем в основании такого действия и у одной и у другой стороны могут лежать чисто экономические мотивы. Определенный кусок земли, который не может быть обработан силами данного земледельца, передается им другому, который обладает достаточным инвентарем, силами и способностью использовать эту землю в хозяйственных целях, то-есть подвергнуть ее обработке. Остановимся прежде всего на случае наиболее древнего типа, а именно акте уступки из земли, принадлежащей на коммунистических началах общине, во владение

какому-нибудь новому заимщику, желающему получить участок в свое пользование. Как сделать так, чтобы этот хозяйственный акт получил правовой характер, т.-е. не был бы вместе с тем нарушением права других участников общинного пользования?

Для этого, само собой разумеется, необходимо прежде всего фактически определить размер того участка, который может быть предоставлен данному заимщику в одинаковых, т.-е. равных, размерах со всяким другим возможным заимщиком. Необходимо далее точно определить границы, дабы на этой основе не произошло впоследствии нарушения права, т.-е. равного и справедливого владения, причитающегося всякому заимщику. Наконец, необходима такая форма, которая бы ознаменовала данный акт именно, как правовой, в отличие от экономического или хозяйственного, с тем, что в случае нарушения такой формы, самый акт считается недействительным. И на самом деле, мы встречаем хотя бы следующий обряд для образования заимки в обширных землях Нордлянда (по законам Гельсингии): „Кто пожелает избрать на общественной земле удобное место для устройства фермы или деревни, тот должен получить, рядом с тем или теми, которые уже находятся там, но не захватывая их земель, столько же леса, сколько лугов и пашни. Он возьмет с двух сторон такое пространство, какое хромой в состоянии пройти на костылях, не отдыхая. Это будет длина земли. Он выйдет из дома с лошадью и повозкою, перед восходом солнца во время зимнего солнцестояния, срубит беремя кольев и возвратится к полудню. Это будет законное вступление во владение землею, оставляемою в залежь. Если он желает занять землю под пашни и луга, то расчистит пространство, необходимое для того, чтобы убрать три воза зернового хлеба, вроет четыре столба для дома и, в сопровождении двух свидетелей, обойдет свою землю, указав ее границу“. (Дарест. „Исследования“, стр. 267.)

При передаче собственности от одного частного лица другому по древне-германскому праву производился следующий обряд: „Старый собственник передавал новому из рук в руки кусок дерна с лужайки, с воткнутою в него зеленою ветвью“. (Тайлор. „Антропология“, стр. 419.) По древне-датскому праву подобный акт совершается несколько иначе. Покупщик недвижимого имения снимает с себя плащ и передает свидетелям, которые держат его развернутым. Продавец бросает в него горсть земли и заявляет, что переносит право собственности на покупщика. Так создается доказательство, которое ничем не может быть опровергнуто. Передача наследства при жизни наследодателя совершалась при еще более сложных символических обрядах. Так, по салическому праву стороны являлись в собрание. Подни-

мался щит для обозначения действительности собрания. Завещатель передавал свое родовое имущество человеку, которого мы бы назвали душеприказчиком, при помощи передачи ему соломинки или палочки. После этого одаренный должен был принять в доме дарителя трех гостей и кушать с ними из одного горшка похлебку, за что они выражали ему свою признательность. И уже после этого не позже 12 месяцев, душеприказчик или первоначально одаренный при помощи такого же обряда передавал имущество настоящим наследникам. Особенно торжественно однако происходил процесс усыновления. Для примера остановимся на положениях норвежского права, где для этого давался особый пир, к которому готовили три меры пива и башмак, сделанный из кожи с левого бедра специально заколотого для этой цели трехгодовалого быка, при чем сначала усыновляющий, а за ним усыновляемый и все члены семьи первого ставили ногу поочереди в этот башмак.... Особенным формализмом отличался, как известно, процесс, при помощи которого совершалась виндикация всякого рода, т.-е. действия, направленные к возвращению своей собственности из чужих неправильно ею владеющих рук. Вообще говоря наибольшим формализмом отличалось римское, древне-еврейское, салическое, чешское и исландское право. (Дарест. „Исследования", стр. 8, 41, 140, 157—158, 237, 267, 272, 282, 299, 306, 335—336, 369, 373—374.)

Символика права, заменяющая совершение подлинных актов церемониальными и обрядовыми действиями, другими словами, отрывающая от акта его символический образ и подставляющая его вместо реальности, открывает путь к дальнейшему усилению идеологической стороны и к созданию так называемых юридических фикций. Отсюда широкая возможность дальнейшего приспособления к новым отношениям старых формул и связанных с ними понятий по образцу того как из деликта римское право создало как бы (квази) деликт, а из договора как бы (квази) договор. Но такая свобода в идеологическом построении дала и другие результаты. Она не в меньшей степени дала возможность уже чисто идеологического развития фикций, которые надстраивались над жизнью без всякого внимания к действительности и обеспечивали праву возможность чисто фантастического и словесно-обрядового творчества. Так родилась юридическая игра, которая с тем большим упорством требовала своего признания, чем дальше она отстояла от жизни. Когда же право попало в руки профессионально подготовленных юристов, то здесь фикциям, казуистике и схоластике не стало конца. Правовая буква получила все признаки самого подлинного фетиша, который вызывал неодно-

кратно негодование несчастных жертв юридической формалистики, надувательства и волокиты. Нечего говорить, что тяжесть такой правовой идеологии стала особенно тяжка, когда за ней стало классовое угнетение. (Ср. Мэн. „Древнее право“, СПБ., 1873, стр. 20—22.)

Таковы материалы, которые дает нам сравнительная история права и в особенности право первобытное. На нем мы можем уже проследить все важнейшие признаки права, которые особенно ярко выясняются на примитивных отношениях древнейшего человечества. Попробуем их суммировать:

1) Возникновение права можно проследить в виде *правопритязаний отдельных коллективов* на основе мести, при чем требования уравнения или равенства с каждой стороны не могут найти удовлетворения, так как отсутствует какая бы то ни было возможность установить общий критерий равенства и, следовательно, рождается *бесконечный спор, который в случаях кровной мести может привести и действительно приводит к последовательному и взаимному истреблению родов. Так рождается субъективное право.*

2) По мере того, как экономические отношения приводят к установлению более широкого общения и связей, открывается возможность соглашения между сторонами о *создании посреднического или третейского суда*, который и устанавливает общее право, как общий критерий равенства, обязательный для спорящих сторон на основе интересов более широкого коллектива замиренной среды. *Так устанавливается в виде общего права норма права, или объективное право.*

3) Соотношение между объективным правом (нормой, критерием или меркой равенства) и правом субъективным, (правопритязанием) в своей основе сводится к процессу уравнения по принципу математического, а следовательно, количественного и формального равенства между требованиями субъективного права с точки зрения объективного и называется справедливостью. Этим путем *право создает справедливость.*

4) Первоначальный вид справедливости есть уравнение строго материальное и непосредственное — око за око, зуб за зуб. С развитием обмена справедливость дает уравнение при помощи материального, а впоследствии и денежного эквивалента. На этом основании развивается *справедливость пропорциональная*, которая при помощи идеи достоинства *дает выражение классовому неравенству.*

5) Право, рожденное из конфликтов, впоследствии применяется для их предупреждения или обеспечения и в этих

целях экономические и вообще фактические действия и факты снабжаются особой формой, которая должна сделать их бесспорными при судебном разбирательстве с точки зрения общего или объективного права. Снабженные такой формой акты называются правовыми.

6) Поскольку общественные отношения, возникшие в данных условиях экономической жизни и, в частности, производства, организуются не при помощи причинного (каузального) познания и соответственной целесообразной (телеологической) техники, а при большем или меньшем участии инстинкта мести и стремления к формальному равенству, они дают идеологическую надстройку, которую мы называем правовой или построенной при помощи идеи справедливости.

IV.

## Право и договор в феодальном обществе.

Определение права как идеологической формы, работающей при помощи начала равенства, вводит нас в понимание его социального назначения. Как известно, стремление к равенству присуще человечеству на всем протяжений известной нам истории в такой же степени, как и стремление к господству и властвованию. Стремление к равенству, основано на одном из тех инстинктов, которые веками вырабатывались на основе общественной жизни. Такое стремление было совершенно естественным результатом первоначального коммунизма, и так как коммунистические формы хозяйства в большем или меньшем объеме определяют собой всю древнейшую историю человечества, то наличность подобного инстинкта чрезвычайно легко объясняется с точки зрения исторического материализма. В первобытной коммуне с ее общей собственностью, общей организацией производства и распределением добычи и продуктов труда в равных долях и на равных началах совершенно необходимо должно было крепко укорениться стремление к равенству.

Воплощение равенства в первобытном коммунизме однако не дает никакого права как раз там, где это равенство воплощается в наиболее полной и совершенной форме, т.-е. внутри коммунистически организованного рода. Как мы уже видели выше, внутри рода никакого права не существует, но в то же самое время равенство воплощено так, как едва ли оно может быть воплощено когда-нибудь в будущем. Подобное положение вещей как будто наводит мысль на сомнение в правильности нашего определения. Ибо, как мы можем

судить на основании выше данных материалов, право началось лишь там, где равенство оказалось нарушенным, и на этом основании явилось стремление так или иначе восстановить его, т.-е. в междуродовых столкновениях, где в силу экономического соперничества и борьбы нарушалось равновесие между отдельными родовыми группами, подвергались убыли ее живые силы или нарушалась неприкосновенность границ, ограждающих ее хозяйственные территории. На подобные сомнения мы можем ответить с полной определенностью. Право возникает не там, где равенство и притом полное, уже стало реальным фактом. Сознание права является лишь тогда, когда равенство нарушено и является стремление восстановить его. Только там, где имеются по крайней мере две стороны и нарушение равенства, там возникает призыв к нему и стремление снова найти его. Но оно уже не находится в прежней форме. Ибо, поскольку идет речь о восстановлении равенства при новых условиях, приходится установить общность уравнивающих единиц, найти своего рода разменную монету для сравнения и взаимного уравнения отношений, т.-е., другими словами, установить справедливость.

Выше мы проследили черты боевой природы права. Вместе с тем мы пришли и к мирной его практике, которая порождена своего рода стремлением парализовать его взрывчатую силу и обеспечить наперед согласование тех или иных отношений с требованиями равенства. Мы знаем вместе с тем, что право в своей идеологической структуре оказалось способным к бо́льшей гибкости. Являясь своего рода подобием материального обмена ценностей на рынке, оно в своем развитии дало возможность подмена одних отношений другими, перевода преступления на убытки, а убытков на денежный эквивалент. Оно вместе с тем на-ряду с справедливостью уравнительной создало справедливость вознаграждающую, которая принципиально допускает замену равенства неравенством, но при условиях сведения этого неравенства к одному общему делителю и точного распределения известных благ, сообразно пропорции имеющихся достоинств. По существу пропорциональная справедливость как будто не есть справедливость полная, ибо здесь уже нет того равенства, которое дается в форме равенства человека человеку, как равного деятеля и работника на основе равного производства и потребления. Но право, как идеологическая форма, именно потому оказалось пригодным для векового развития, что оно подменило одно равенство другим, и, как

мы увидим выше, оказалось способным к необычно пестрой фабрикации всевозможных неравенств под кровом справедливого равенства.

Если мы обратимся к средневековому обществу, которое дало чрезвычайно яркие формы правовой организации в виде различных стадий феодализма, то мы найдем новое подтверждение установленной нами гипотезы. Нам приходится здесь останавливаться на специальном подтверждении той мысли, что средневековье, и в частности феодализм, отличались совершенно исключительным развитием правового начала. Это общее мнение ученых. Некоторые юристы утверждают даже, что при феодализме „само государство поглощается правом“, а феодальный строй дает „полнейшее господство праву“. „Критика европейского абсолютизма не раз с сочувствием и сожалением оглядывалась в средневековое прошлое, где было так много простора отдельному человеку и всяческим союзам людей“. Под влиянием такого общего мнения русский государствовед замечает, что „естественно подымается вопрос, не должны ли мы здесь искать чрезвычайно яркого воплощения принципов правового государства“. (С. Котляревский. „Власть и право“, М. 1915 г., стр. 188—189.) На этот вопрос он отвечает отрицательно, однако же скорей потому, что исходит из воззрения на право свойственное нашему времени, но отнюдь не феодальному обществу. Мы здесь можем только присоединиться к словам того же автора: „Здесь... все зависит от того, с какой стороны смотреть, и здесь особенно бросается в глаза вся относительность обычных исторических определений, когда они имеют в виду застывшие состояния, а не развивающиеся процессы. Один и тот же институт, рассматриваемый в своих отличиях от современного развитого государственного правопорядка и сопоставляемый с бытом, где господствует одно кулачное право, может быть охарактеризован совсем противоположными чертами“. (Там же, стр. 190.)

Как известно, феодальное общество характеризуется весьма ярким и резким развитием общественного неравенства. Конечно, с одной стороны, это создает постольку благоприятную почву для борьбы за право, поскольку угнетенные обнаруживают такое стремление и обладают к этому фактической возможностью. Но, с другой стороны, облечение такого грубого неравенства покровами правового порядка, а, следовательно, известного, хотя бы пропорционального, равенства не может не представлять чрезвычайных затруднений. Перед нами здесь почти неразрешимая задача: как сделать с правовой точки зрения приемлемым то, что по существу отрицает как раз всякое право, поскольку последнее есть какое-то нахождение нового равновесия, или равенства. Ведь рабство, — а в рамках средневековья, казалось бы, именно о нем

идет речь, — есть вещь, совершенно исключающая какую-нибудь правовую регламентацию. Как же возможно совместить рабство и право — такова была задача, которую, волей неволей, история поставила перед феодализмом. И феодальное право эту задачу разрешило. Обратимся к рассмотрению фактического положения вещей и, прежде всего, к положению того общественного класса, который сменил многочисленные армии рабов на полях старых античных латифундий.

Здесь, еще на почве древнего Рима, находим мы земледельцев на новом положении, которые юридически получают наименование „колонов". Этот класс появился в то время, когда рабское хозяйство оказалось не только невыгодным, но и разорительным как вследствие уменьшения количества рабов, выставленных на продажу, так и повышения цены на них. Переходу к колонату способствовало и общее крушение римского хозяйства, потерявшего почти целиком все свои награбленные сокровища и таким путем лишившегося всего капитала, имевшего хищнический характер. Уже колоны резко отличаются от прежних рабов по своему правовому положению. Арендатор или колон — это человек, прикрепленный не к личности хозяина, но к земле: „Колоны обзаводились прочным хозяйством, сидели на землях в течение целых поколений и фактически прирастали к земле; их число росло по мере того, как крупное хозяйство, через посредство рабов, отступало перед выгодами, которые представляла система мелких хозяйств колонов". Однако вместе с тем „прикрепление к земле принизило личность колона и поставило его в зависимость от помещика... С четвертого века законодательство регламентировало колонат, как особый институт". В конце концов, это „крестьяне, прикрепленные к земле, за пользование которою они платят известный оброк или арендную плату землевладельцу. По своему личному положению, это люди полусвободные; ими нельзя располагать, как рабами, но и они не могут располагать собою, как свободные люди. Колон прикреплен к своей земле навсегда со всем потомством и входит как бы частью или органом в высшее живое неделимое — в хозяйство земельного участка; самим господам запрещается переводить колонов с одного участка на другой, если при этом уменьшается аграрное и, посредственно, фискальное значение первого участка. Помещикам был поручен сбор податей с колонов и наблюдение за тем, чтобы отбывались натуральные повинности, а также известная дисциплинарная власть". (Муромцев. „Гражданское право древнего Рима", Москва, 1883, стр. 659.)

Аналогичны и перемены, которые произошли в свое время в истории германского права и права средневековой Франции. В Германии первоначально „лейбейгене" были

настоящими рабами, равными по своему юридическому значению домашним животным. Почти не было отличий между рабством по германскому и римскому праву. Но как только, в силу экономических перемен рабство оказалось невыгодным и его заменили закрепощением свободных, те же „лейбейгене“ получили совершенно иное правовое положение. Такой прикрепленный к земле подлежал уже не несению неограниченных услуг, но строго определенных работ и повинностей: „он должен был работать по определенным дням, выполнять определенную службу, уплачивать определенные суммы. Его заработок все еще принадлежал... господину, и последний наследовал его имущество, но с тринадцатого столетия права господина на наследство сокращаются до подарков (мортуариум). В четырнадцатом столетии крепостные приобрели право пользования обработанной ими землею, и, таким образом, их обязательства более или менее приняли характер арендной платы. Иногда им даже позволялось выбрать другого господина. При франконской династии господину было уже запрещено продавать крепостных в чужие края, а в тринадцатом веке он утратил право убивать их, а впоследствии также и право подвергать их телесным наказаниям... Отношения крепостных к посторонним лицам были признаны законом сперва только в области правонарушений, а затем и в области договоров“. У западных германцев на подобном положении был промежуточный класс между свободными и рабами, называвшийся „литами“. (Нибур. „Рабство как система хозяйства“. Этнологическое исследование. М., стр. 41—42.)

В средневековой Франции мы находим уже только крепостных. Здесь „крепостная система представляет промежуточную ступень между рабством и полной свободой. Средневековый крепостной не связан неразрывно, подобно древнему рабу, своим положением, не лишен всяких прав с самого рождения и не помещается на одном уровне с вьючными животными из имения своего господина... Крепостной имеет некоторую возможность приобретать свою собственность; он может жениться и иметь собственных потомков, которые наследуют его имущество; он может давать свидетельские показания на суде, может купить себе свободу с помощью пекулия... Женя сыновей на свободных женщинах, он обеспечивает свободу своему потомству. Уплачивая вознаграждение, он приобретает право наследования на отцовское имущество и право собственности на свои сбережения... Он может оспаривать оброки, которые господин налагает на обрабатываемый им участок, потребовать исследования экспертов, которые определили бы его состоятельность, условиться уплачивать определенную ренту, и тогда он будет знать наперед, на какой доход может рассчитывать“. (Там же, стр. 43.)

По древнему русскому праву положение раба или холопа совершенно одинаково с его положением в других странах: они лишены всякой правоспособности. Впоследствии, однако, положение холопов значительно смягчилось, и можно считать, что к началу восемнадцатого века оно уничтожилось само собой за истощением всех его источников. В эпоху Московского государства, как известно, произошло закрепощение массы свободных крестьян, которое в восемнадцатом веке, в период империи, достигло особенной остроты и было сравнено с холопством. В семнадцатом веке крестьяне принципиально еще сохраняли общегражданские права, и на практике мы видим, что они „еще заключают договоры со своими землевладельцами, сохраняют права вещные (на движимость) и все личные (кроме права избрания местожительства); в государственном праве—они граждане полноправные. Однако фактически из прикрепления уже в семнадцатом веке возникло (в частных вотчинах) право помещика наказывать крестьян, усилилось старое право судебной власти первого над последним; начались отдельные случаи... продажи крестьян (отдельно от вотчины)“. (Владимирский-Буданов. „Обзор истории руского права“, СПБ., 1907 г., стр. 151.) Как очевидно, до восемнадцатого века, когда положение русских крепостных не только ухудшилось, но сравнилось с положением древних рабов, их юридическое правомочие немногим отличалось от положения колонов и западных крепостных.

Спрашивается теперь, в чем же различие между юридическим положением рабов и закрепощенного (бывшего свободного) крестьянства. Каково происхождение и содержание происшедшей перемены? Этот вопрос тем более значителен, что мы этим самым подходим к весьма важной и сложной проблеме. Власть рабовладельца над рабом, как известно, была властью определенно классовой. Власть вотчинного собственника над его крепостными была точно так же классовой. Если мы сравним классовые отношения в первом и во втором случае, то мы должны признать, что в первом, при определенных формах производства, классовое господство совершенно отрицало какие бы то ни было юридические формы в отношении к эксплоатируемым. По отношению к ним считалась достаточной форма эксплоатации, построенная целиком на принципе абсолютной власти и чисто экономического отношения к рабу. Недаром последний признавался еще Аристотелем техническим орудием в хозяйстве господина на манер его рук и ног, при чем вся голова целиком относилась на сторону рабовладельца. При строе крепостном положение меняется. Крепостному дается известная хозяйственная самостоятельность, которая должна повысить интенсивность его труда. Это делается при помощи внесения некоторой новой мотивации к труду, которая отчасти

заменяет, отчасти дополняет старую мотивацию при помощи власти и внушаемого ею страха. Новые формы хозяйства влекут за собой и новое положение трудящегося. Между ним и его господином признается нечто общее. Хоть и в очень ограниченных размерах, но крепостной получает некоторую самостоятельность в области имущественных отношений, семейных связей, получении наследства, а самое главное, он получает возможность обращения к суду, который вырабатывает право и вытекающую из него общую справедливость. За рабами, как классом, отрицается классовый интерес и всякая возможность правового общения. Если рабы восстают, подобно Спартаку и его товарищам, то к ним применяют меры истребления, как к диким животным или сбесившимся псам. С крепостными в известной степени договариваются. С ними устанавливается некоторая почва пропорционального равенства, и свойственный им классовый интерес получает возможность формулировать свои требования под углом такого равенства и соответственной междуклассовой правды. Голое насилие и эксплоатация сменились каким-то подобием социального компромисса, где все выгоды на стороне господствующего класса, но вместе с тем полусвободный труд получает возможность минимального идеологического общения и объединения со своим эксплоататором.

Реальным основанием такого отношения служит тот факт, что в большинстве случаев „свободная сельская община предшествовала во времени общине крепостной; последняя унаследовала от первой совладение и общинное пользование". Вне господского двора и земли, удержанной в личном заведывании феодального сеньора, он „имеет право только на барщину крестьян и на взимание с них подати натурой. Каждый из его крепостных имеет свой надел, т.-е. совокупность полос, рассеянных в открытых полях, составляющих... землю крепостных. Величина этих наделов различна в разных поместьях, но неизменна внутри каждого. Обладание наделом дает доступ к пользованию сообща лесом и пастбищами поместья, — пользованию, не имеющему других границ, кроме действительных потребностей принимающей в нем участие семьи. Пока число семей ограничено и значительность площади, занятой лесом и пастбищем, не внушает опасения, что настанет момент недостачи и переполнения выпаса скотом, — обычай дает полный простор индивидуальным присвоениям. Но раз население поместья становится более плотным, является необходимость соразмерить права пользования с реальными нуждами хозяйств. Тогда устанавливается правило, допускающее на пастбища только тот скот, который зимовал в пределах общины. Другой, не менее распространенный, обычай запрещает брать сухой лес или рубить зеленый для

продажи, разрешая в то же время вывозить из леса столько дров и балок, сколько необходимо было для отопления и для исправления усадьбы".

„Обычаи, регулирующие владение и пользование крепостных, защищают их также против насилия со стороны земельных собственников. Они определяют число дней барщины, точно так же, как и способ ее выполнения, ручным ли трудом, или с помощью вьючных животных. Отсюда различие между angariae bovum и angariae manuales (барщина с упряжкой и барщина ручная). Во время посева, сенокоса, жатвы или посадки винограда обыкновенно требуется дополнительный труд, который носит характер помощи крепостных сеньору. В Англии ее именуют: lovebone т.-е. бременем, принимаемым любви ради. В других местах ее приравнивают к обыкновенной барщине, и так как последняя известна под названием angaria, то эту обычную помощь называют термином perangaria. Число барщинных дней редко бывало больше пяти в неделю, не считая праздников, гораздо более многочисленных, чем в наше время. В Сицилии и в Тоскане мы констатируем тот факт, что, при упадке крепостного строя, отбывание барщины брало не больше одной недели в месяц. Так обстояло дело в тринадцатом веке". (Ковалевский. „Развитие народного хозяйства в Западной Европе", СПБ., 1899 г., стр. 41—48, 204, 42—43.) В дополнение к этим доходам там, где феодальный строй сумел сохранить свою независимость от государственной, власти сеньор получал еще случайные приношения по поводу разных отдельных событий, доходы с наследства, с некоторых монополий (мельница, хлебопекарня и помещичьи прессы) и обладал преимущественным правом покупки всех продуктов урожая, а также монополией на продажу вина и пива.

Взамен этих получений сеньор оказывал своим крепостным некоторые услуги. Не говорим уже о том, что слишком часто свободные люди передавали по договору коммендации свою землю соседнему сеньору и соглашались стать ему подвластными и пользоваться своей бывшей собственностью лишь как принадлежностью поместья, в надежде на покровительство феодала и его помощь (коммендация). Из подобных договоров видно, что одному „нечего есть и не во что одеться". Другой заявляет, „что он угнетен сильными людьми и ищет защитника; третий, что „не хочет подвергаться вымогательству сборщиков податей или военному набору". Пятого притягивает „свобода от общей подсудности" и т. д. Но кроме того, барин дает ему ссуду в виде скота, необходимого для ведения хозяйства, часто одалживает ему нужный инвентарь, а что еще важнее, ограждает общие границы имения, предоставляет крепостному пользоваться для скота землею под паром на его господских землях и оказывает

ему поддержку в случае голода и чрезвычайных бедствий. Неудивительно после этого, что именно договор письменный, устный, а иногда молчаливый лежал в основе вновь установившихся отношений между прежде свободными крестьянами и феодальным господином. Впоследствии к тому же договору прибегают землевладельцы, когда они переводят старую барщину на денежные ренты и устанавливают эквивалент работы вилланов на вечные времена. В Англии именно этим путем крепостные были переведены на положение копигольдеров и наследственных съемщиков. (Там же, стр. 33, 208, 38—29, 152.)

Тут мы подходим к одному из важнейших моментов правовой структуры феодализма и в частности его живого крестьянского фундамента. Фактическое равенство прежних отношений рушилось в самых различных направлениях. Прежде всего, оно нарушалось в самой крестьянской общине, в ее различнейших формах. В тех общинах крупного типа, где еще сохранялись свободные земли, неравенство являлось результатом образования на свободных площадях различного рода заимок, которые передавались по наследству на правах расчищенной нови. Там, где участки распределялись согласно родовой связи, близости и „достоинству", неравенство было результатом признания разной ценности участников раздела. Наконец, там, где уже было введено трехполье, и в различных конах давались полосы в виде равных наделов, неравенство было результатом различных изменений в составе отдельных семейств, а также разного уровня их хозяйственных успехов. В последнем случае, поскольку переделы становились все более редкими, увеличивалось и неравенство между владельцами „гуф", „виргат" или наделов. Вмешательство сеньора в пользование общинными площадями еще более нарушало целость коммунистических остатков, так как он не только сплошь и рядом стеснял и суживал размер общинных угодий, но и сажал различных привилегированных владельцев и держателей на свободные земли, а часто овладевал и некоторыми отдельными мызами или наделами. Таким образом, еще задолго до окончательного крушения общинного владения, старинному равенству было нанесено много непоправимых ударов.

Что же, спрашивается, оставалось крестьянину при таком ухудшении его положения от старых коммунистических вольностей? — Почти ничего. Особенно, когда, после страшной эпидемии черной смерти и под влиянием все растущего давления рождающегося городского капитала и связанного с ним обмена, начался форменный процесс уничтожения старых крестьянских порядков. И если в некоторых странах произошло освобождение крестьян от земли, как

это случилось в Италии и Англии, то в других мы находим вырождение крепостничества в настоящее фактическое рабство. Особенно так произошло на северо-востоке Европы, где впоследствии мы встречаем необычайно тяжелую участь порабощенных крестьян, потерявших, казалось бы, все свои прежние права. И тем не менее, мы должны отметить идеологическое различие, которое было предопределено всем предыдущим хозяйственным развитием. В запасе мужицкой правды-справедливости оставалось одно последнее положение, вернее, одна фикция, которая так характеризует собой вообще наличность правовой идеологии. И это признание равенства между крестьянами и господами в одном только пункте: в праве заключать договор на началах призрачного равноправия и столь же воображаемой свободной воли. И если в древности человек мог сам продать себя в рабство, то в феодальной Европе крестьянству оставалась еще великолепная и отрадная иллюзия: соотношение сил оно могло закрепить при помощи такого акта утешительного равноправия, как акт коммендации, т.-е. передачи своей земли феодалу, а самого себя в качестве прикрепленного к этой земле несвободного держателя!

Правда, до тех пор, пока старая хозяйственная система не испытала чрезвычайных потрясений, создавшиеся на почве экономической косности обычаи крепко держали раз налаженный уровень прав и обязанностей двух договорившихся сторон. Пока не совершилось перехода к ведению интенсивного хозяйства, мы даже встречаем многочисленные факты, когда крепостные отстаивают свои права по отношению к чересчур наглым и алчным господам. Характерен по этому поводу пример, который приводит Ковалевский из итальянской практики, где в тринадцатом веке флорентинским властям была подана жалоба жителей Кастронуово на возмутительную хитрость и насилие со стороны сеньоров Гульельмо и Уберто Пацци, которые пытались этим путем вынудить у жителей Кастронуово подписание обязательства нести известные повинности. (Ковалевский. „Развитие“, стр. 142 — 143.) Но никакими жалобами нельзя было спастись от надвигавшегося закрепощения в центральной Европе, где постепенно условное владение (феод) превращалось в вотчину (аллод), а крестьяне переживали время неслыханной эксплоатации. Тут пришлось обратиться к исконному способу защиты нарушенного права, к оружию и войне, которая имела своей целью не только незыблемость раз установленных платежей и повинностей, но и сохранение в неприкосновенности основного земельного фонда. Все растущее вотчинное закрепощение крестьяне приняли за нарушение всех божеских

и человеческих прав и даже отчасти вернулись к требованиям давно угасшего первобытного коммунизма.

По всему лицу Европы прошли страшные крестьянские войны, которые несли в полном объеме крестьянские требования, стремившиеся возродить на земле минувшие времена правды и справедливости. Эти войны шли под знаменем христианского социализма и мистической анархии. Но их правовой смысл был достаточно ясен. Как говорил Джон Болл, по поводу помещиков или джентльменов: „откуда же взялись их права, если они не были плодом узурпации? Ведь в те времена, когда Адам копал землю, а Ева пряла, не было и речи о дворянах“. То же проповедывали не только товарищ Джона Болла Уотт Тейлор, различные левеллеры, или уравнители, но также близкие к народу приходские священники, а на континенте многочисленные монахи-францисканцы. В четырнадцатом веке в Италии прошла полоса крестьянских войн, где восставшие стремились установить царство божие на земле при помощи оружия. В том же веке знаменитые французские жакерии были кровавым протестом против все растущего крепостничества. К воплощению имущественного и политического равенства был направлен грандиозный крестьянский бунт в Англии, связанный с именами Уотта Тейлора, Джона Болла и других сектантов. Английские революционеры „левеллеры“, прямо получили наименование от своего стремления к уравнительству. В Чехии крестьянское движение, вместе с восстанием против немецких духовных и светских феодалов, дало восстание знаменитых таборитов, объединенных вокруг местных ткачей. В шестнадцатом веке немецкие крестьяне под знаменем мужицкого лаптя пытались отвести грядущее иго крепостничества. В России, так называемое, смутное время было грандиозной крестьянской войной, направленной против все растущего закрепощения. Как известно, нигде эти движения не дали положительных результатов. Крестьяне были разгромлены и разбиты. На их плечи легло крепостное право.

И тем не менее, для юриста крестьянские войны имеют совершенно исключительное значение. Под религиозным флагом здесь скрывается строго правовое содержание. Мы не говорим здесь уж о том, что общим лозунгом всего движения с самого начала было требование „ничего, кроме божьей справедливости“. Но по существу, за исключением крайнего левого крыла определенно выраженных коммунистов, громадное большинство крестьянства стояло на почве защиты конкретных земельных прав, связанных с укладом общинного владения и неприкосновенности общих выгонов. В этом нас убеждает, прежде всего, знакомство, как с теми требованиями, которые были выставлены еще в 1493 году

в Эльзасе, так и с теми шестнадцатью статьями, которые были предъявлены в 1524 году суду в Штокахе. Знаменитые двенадцать параграфов, ставшие впоследствии окончательной формулировкой крестьянских претензий, точно так же стоят на реальной почве старых крестьянских прав, как они сложились при переходе прежней свободной общины на положение общины крепостной. Здесь мы имеем не только требование избирательности духовных лиц и отмены малой десятины, но требование упразднить крепостную зависимость, отменить права рыбной ловли и охоты в общинных угодиях, ограничить чрезмерные барщины, повинности и оброки, восстановить старые общины вместе с отнятыми у них насильственно лесами, пастбищами и привилегиями и упразднить произвол в суде и администрации. В двенадцати параграфах мы имеем сверх того постоянные ссылки на то, что крестьяне отнюдь не требуют ничего нового, но лишь добиваются того, что держалось столетиями, и если они желают отмены различных тяжелых повинностей и барщин, то только потому, что они установлены вопреки старым испытанным правам и обычаям. Правовое сознание восставшего крестьянства характеризует и другое обстоятельство — их уверенность в том, что господа не могут не преклониться перед правотой их домогательств, точно так же, как не могут отказаться от решения спора при помощи различных посреднических, третейских и обычных земских судов. На этом основании они чрезвычайно легко поддавались провокации баронов и заключали с ними перемирия в самое невыгодное для себя время, свято соблюдали эти перемирия и были уверены в благополучном исходе своего юридического спора. Даже там, где крестьяне прибегали к жестоким мерам подавления, они меньше всего стояли на точке зрения классового интереса или желания захватить власть, но применяли своего рода законные репрессии в ответ на зверство помещиков и воскрешали в своих действиях старые приемы мести и общественного наказания. Насколько подобные правовые формы классовой борьбы оказались успешными и пригодными, это показала история. Но отрицать правовой характер классовых требований крестьянства в данном случае абсолютно нельзя без нарушения очевидной истины. (F. Engels, „Der deutsche Bauernkrieg", Berlin, 1920, стр. 63, 65, 73, 79, 80, 83—84, 115, Zimmermann. „Grosser deutscher Bauernkrieg". Stuttgart, 1921, стр. 321—328.)

Требования восставших крестьян, как они выразились не только в лозунгах и программах германского крестьянства, но также при восстаниях венгерских, чешских, французских, итальянских, германских и русских крестьян — все носят одинаковый характер и вместе с тем дают нам типичный

образец построения классового права. Оно здесь отнюдь не выражено господствующим классом. Наоборот, оно формулируется классом угнетенным и притом на основании его веками сложившихся прав. В основе лежат здесь остатки общинного коммунизма и сознания своего правового положения в общей иерархии феодальных классов. Крестьянство желает прежде всего сохранить свою основную позицию. — Оно выступает, как управомоченный член общества, которому система справедливого равенства предоставляет, во всяком случае, положение договаривающейся стороны. Этот договор, вместе с тем, выражается не в требованиях классовых, как это сделал бы современный пролетариат, и как это начинают делать сейчас передовые крестьянские группировки в различных странах Европы после империалистической войны. Старые крестьяне прибегают даже не к политической идеологии с ее требованием захвата власти или хотя бы участия в пользовании ею. Меньше всего они мотивируют свои домогательства аргументами, заимствованными из соображений разумной экономики или целесообразности. Чтобы оправдать свои требования, они становятся на точку зрения попранной справедливости и ею обозначают свои знамена. Их требования поэтому умеренны и за исключением коммунистической левой не превышают установленных обычаем и признанных прав. И если после их поражения устанавливаются известного рода отношения подчиненности к их бывшим господам, то это приемлется, как своего рода проигранный процесс в классовом судебном споре. Крестьяне оказываются не на положении рабов, но своего рода проигравшей стороны, истца, не сумевшего подкрепить надлежащим образом своих исковых требований и присужденного на этом основании к несению проторей и убытков. Ибо, как подтверждают нам историки, в результате проигрыша крестьянских войн было только юридическое оформление тех правонарушений, против которых восставало крестьянство. Основной же, двухсторонний и договорный характер отношений был сохранен и впредь.

В параллель отношений крестьянина и барина могут быть в известной степени поставлены отношения наемного труда, как они выразились в целом ряде средневековых статутов. Как правильно утверждает Ковалевский, менее всего можно представлять себе старые цехи в каком-то идеальном свете на почве трогательной гармонии между интересами рабочего и его хозяина. „Закабаленные правящим классом, — крупному, как светскому, так и духовному землевладению и той зажиточной буржуазии, которая захватила власть в городах — королевства и республики соперни-

чали в усердии, защищая экономические интересы этих правящих классов, и совершенно бесцеремонно регулировали вопрос о заработной плате в интересах последних". (Ковалевский. „Развитие народного хозяйства", стр. 80.) Однако этот характер отношений между хозяином и рабочим ярко выяснился лишь тогда, когда после страшного посещения черной смерти уменьшение числа рабочих рук привело рабочих к попытке использовать положение и повысить заработную плату. Но до этого времени действительно могло казаться, что мы имеем какое-то идиллическое согласие между хозяином и рабочим. И опять-таки здесь виною двойное и тройное отражение фактов правовой идеологии, которая облекает своими формами равенства и справедливости такие отношения, где они имеются отнюдь не со стороны социальной, но только юридической. Не надо забывать, что в действительности, средневековые цехи и города весьма способствовали насаждению некоторого „равенства". При ограниченном сбыте ремесленных произведений и стремлении обеспечить всем цеховым предпринимателям равную возможность заработка, мы имеем очень много различных статутов, а еще больше письменных договоров между мастерами, подмастерьями и рабочими, где идет речь об их взаимных правах и обязанностях. В основе этих положений лежит стремление устранить конкуренцию между мастерами при помощи различных ограничений использования рабочего. Мы встречаем здесь и запрещение потребителям давать непосредственно от себя занятия рабочим, и определение рабочего времени, выше которого не могли итти отдельные цехи, и требования известного качества работы, и предписание обязательного покоя праздничных дней и тому подобные меры, которые все имеют только одну цель, и это — уравнять прибыли цеховых мастеров, как предпринимателей. Совершенно естественно интересы предпринимателей здесь до известного предела совпадали с интересами рабочих, и эти последние в качестве ли неквалифицированных рабочих или учеников и подмастерьев — могли очень легко прийти к убеждению, что тут идет речь о защите их прав и что обычаи гарантируют им ту справедливость, которая является признаком правовых отношений. (Там же, стр. 72, 73, 75, 79, 80—93, 108—115.)

Самая устойчивость тарифа рабочей платы здесь служила к тому, чтобы подтвердить такую иллюзию: „обычай стремился к полному устранению произвола", а это значит, мы здесь имеем некоторое объективное начало. Это дополняется известной двухсторонностью и взаимностью отношений. Как говорит один английский статут: „Если работник плохо ведет себя по отношению к хозяину, ни один из ма-

стеров не должен давать ему занятия, пока он не покается публично перед мэром и альдерменами". И этому отвечает с другой стороны положение в роде следующего: „Если ученик заявит перед консулами протест против своего хозяина и докажет, что последний, вопреки заключенному с ним договору, не уплатил ему его заработка, консулы обязаны принять меры к выполнению договора". И если, с одной стороны, в сборнике древних статутов парижских цехов мы читаем, „что работающие поштучно у портных не в праве требовать другого вознаграждения, кроме справедливой цены, какую они получали доселе", или „да не посмеет никто дать или обещать рабочему больше того, что ему следует поденной платы в размере, в каком и прежде было в обычае давать ее в пределах города Парижа", то, с другой стороны, по статуту XIV века в Монпелье „общее собрание мастеров следило за тем, чтобы работники оплачивались должным образом. Если какой-нибудь мастер несправедливо поступает с рабочими, отказывая им в уплате заработка (установленного обычаем), то третейский суд мастеров может принудить хозяина к исполнению его долга". В Италии консулы города должны были следить за выполнением регламентов о заработной плате и „вынуждать хозяев к уплате заработной платы ученику, с ним живущему или поселившемуся отдельно от него. „Меньше всего, таким образом, заработная плата устанавливалась по индивидуальному соглашению рабочего с хозяином, но на основании строгого права, охранявшегося обычаем. (Ковалевский, там же.)

В высшей степени замечательно, что в отличие от крестьян, рабочая масса средних веков оказалась все же настроенной менее юридически, чем даже участники крестьянских войн. Правда, они выступают неоднократно с классовыми требованиями в форме защиты их обычаем установленных или статутом определенных прав. Мы встречаем даже любопытные случаи установления в одном из городов специального колокола, возвещавшего о начале работы и часе ее прекращения, так как „ни один мастер не должен ставить своих подмастерьев на работу раньше утреннего колокола. Полуденный колокол должен служить сигналом к обеду, вечерний — к закрытию мастерской". Такой городской колокол был действительно поставлен. Однако, там, где дело шло о борьбе с предпринимателями, средневековые рабочие были достойными предшественниками современного пролетариата. История знает серьезные столкновения между рабочими и предпринимателями, относящиеся к середине XIV века. В связи с этим были основаны различные рабочие братства и товарищества подмастерьев. Поворотным пунктом вос-

стания против старого права со стороны наемных рабочих, учеников и подмастерьев были, однако, времена черной смерти. господствовавшие в Европе в 1348 и 1349 г.г. Смерть унесла так много трудящихся, что рабочие и в городе и в деревне сделали ряд попыток выйти из рамок обычного права, завоевать себе новые права и увеличить заработную плату. Как очевидно, здесь мастера оказались на стороне старого права, в то время, как рабочие стремились к его нарушению. Классовый интерес рабочей массы разошелся здесь с правовой оболочкой производственных отношений. И только при помощи многочисленных мер запрета и принуждения удалось городам возвратить рабочих на почву старого права и под угрозой „телесного наказания и возмещения излишков... штрафов и вознаграждения убытков“ вернуть к старым тарифам. Лишнее говорить, что всевозможные „зачинщики“ подвергались более суровым наказаниям, начиная от тюрьмы и выше. (Там же.)

Приведенные примеры выгодности правовой идеологии специально для выражения господствующих классов отнюдь не обозначают, что право есть всегда исключительно право этих самых классов. Как мы уже видели выше, праву свойственна известная примиряющая, компромиссная функция. По существу оно немыслимо без известной, хотя бы минимальной, уступки слабейшей стороне. На примере крестьян мы уже видели, что даже после победы сеньоров над восстаниями „мужицкого лаптя“ и „бедного Конрада“ отношения между помещиком и крестьянином сохранили порядок двухсторонности, а за крестьянином осталось все же и владение землей, и во многих случаях общинные порядки, хотя и в значительно суженных пределах. Более того, мы видели, что крестьяне в самой борьбе подпали влиянию правовой идеологии и этим, в известной степени, ослабили и себя и свое движение. Условия наемного труда, не только в городе, но даже в деревне, несмотря на крепость правового уклада цехового строя, оказались способными снять в известной степени юридическое очарование с классовых интересов. Но мы должны отметить, что феодальное право обладало достаточной гибкостью для того, чтобы, в случае превращения наемных работников в крупную социальную силу, снабдить их также соответственным правовым мундиром. С этой стороны феодальное право представляет особый интерес.

Как известно, феодальное общество представляло собой бесчисленную массу отдельных организаций. Города и городские общины, свободные крестьянские коммуны, крепостные поместья — все это хозяйственные центры, которые ведут друг с другом борьбу. Эта же борьба продолжается внутри их. В городе ремесленные цехи и торговые гильдии,

различные братства, монастыри и церковные учреждения. Под властью феодалов—военные дружины, подвассалы и несвободные крестьяне, начиная от лично свободных, но прикрепленных к земле, и кончая дворовыми холопами. На высшей ступени общественного строя, сложившиеся в сословия союзы городов и крестьянских общин, церковных организаций и крупных владений высших сюзеренов. Благодаря условиям средневекового хозяйства все эти организации лишены твердой связи. Но уже есть крупное отличие в их отношениях друг к другу от той принципиальной враждебности, которая лежала между древними родами, а затем и древними государствами. Франконский рыцарь не есть принципиальный враг бургунского рыцаря, а корпорации Ганзы относятся к конкурирующим городам Франции далеко не так, как относился римлянин даже к члену латинских племен. И вместе с тем — непрерывная постоянная борьба, порожденная стремлением к захвату, конкуренцией друг с другом, или желанием отстоять свою экономическую независимость и политическую свободу. Эта картина весьма грубой и примитивной борьбы, которая, на первый взгляд, не дает возможности разглядеть очертания основных социальных сил, не раз внушала исследователям мысль о какой-то примитивной анархии, о полном безвластии, каком-то разбойном господстве сильного и всеобщем взаимном грабеже.

На самом деле, однако, было не так. В одном отношении для нас такого рода картина даже особенно интересна. Подобно междуродовой борьбе, она дает нам возможность подметить новые формы в отношениях правовой и политической идеологии или, иначе говоря, права и силы. Но прежде всего мы должны сделать очень существенную оговорку. Мы отнюдь не склонны вместе с буржуазными писателями, ослепленными блеском государственной власти, считать, что мы здесь имеем дело с анархией. Менее всего. Скорее перед нами масса отдельных хозяйственных организаций, из которых каждая обладает если не всем, то, по крайней мере, тремя четвертями государственной независимости. Перед нами, другими словами, масса мелко-державных образований, при чем сколько-нибудь крупная волость нисколько не стесняется объявить себя самостоятельной державою. И в то же время колоссальная разница по сравнению с враждебностью первобытных родов. Эти феодальные микроскопические государства, несмотря на свою суверенность, все же настолько связаны экономически и культурно, что, ведя друг с другом непрерывные войны, они в то же самое время подчиняются общему праву, т.-е. стоят на одной и той же точке зрения в деле взаимного уравновешения и связи.

Кулачное право в этом отношении делает шаг вперед сравнительно с частными войнами родов, вендеттой и борьбою за право в первобытном обществе. Между средневековыми людьми существует общность воззрений на соотношение силы и права: И поскольку сила, проявленная в честном бою, есть своего рода доказательство доблести, постольку она является основанием последующего „правового“ договора. Это—применение судебного поединка или суда божьего в каком-то грандиозном масштабе. В своих экономических интересах каждый при этом исходит из своего собственного права. Здесь все лица „своего права (sui juris)“, и совершенно нет людей „чужого права (alieni juris)“. Все действуют от себя за свой собственный страх и риск. Невольно вспоминается при этом первоначальная градация варварского германского права, где все свободные назывались „фри“, но только разделялись на „семпер фри“ (всегда свободных), „миттель фри“ (средне-свободных) и „гемин фри“ (обычно свободных). Так и каждый из общественных коллективов считал себя лицом своего права, равным и свободным другим, и в случае нарушения своих интересов, которые сейчас же переводились на язык нарушения равенства, т.-е. своих прав, хватался за меч и в ожесточенной битве добывал свое право. Здесь, однако, не получалось той бесконечной, взаимно-истребительной вендетты (кровной мести), с которой мы познакомились выше. Ибо победа одной из борющихся сторон была вместе с тем своего рода правовым решением в пользу одного из соперников. И, следовательно, заключенный на этом основании договор обладал всеми необходимыми свойствами **правового акта**: он был доброволен, заключался на основании общего принципа кулачной справедливости и влек за собою не обращение побежденного в живую вещь победителя, но ряд строго определенных обязанностей, ограниченных в объеме, времени и способе их исполнения.

Когда в настоящее время заключаются „договоры“, подобные Версальскому, они возбуждают чувство горькой иронии. Ибо никто из договаривающихся не придает никакого ни морального, ни юридического значения пулеметам, удушливым газам или пушкам, подобным толстой Берте. Следовательно, здесь идет вопрос о чисто фактическом соотношении, сила принимается как сила, а последующее поведение слабейшей стороны диктуется такой же необходимостью, как преклонение перед глубокой пропастью или недосягаемою вершиной горы. Там где нет возможности перейти в брод, приходится далеко колесить обходным путем и тратить на это много лишней силы, а может быть, и всякого добра. Но средневековый человек воспринимал

иначе: для него победа противника была правовым доказательством в пользу того, что победитель на скале пропорционального равенства должен занять настолько-то и столько высшее место, нежели он сам. Отсюда его честная готовность принять на себя известные повинности, которыми „худший" обязан „лучшему". А так как победитель точно также считал побежденного существом, которое равняется определенному числу единиц в иерархии достоинства, а следовательно и силы, то он со своей стороны ограничивался строго определенными требованиями, которые и находили свое выражение в договоре, основанном на взаимной „верности" (фиделитас). Непрестанная практика договоров совершенно естественно привела, при наличности устойчивых экономических условий и классовых интересов, к определенным шаблонам, закрепленным при помощи постоянного повторения. Так родился основной вид положительного права средневековья — правовой обычай или консуетудо. Так стала возможной и юрисдикция, т.-е. судебное разбирательство в делах по феодальному праву, где строго соблюдался принцип равенства, и член каждого сословия мог быть судим только своими равными (парес или пэры). Из тех же самых начал проистекает и всеобщая практика договоров, опирающихся на обычай, или изменяющих его, сообразно реальному соотношению сил. Наконец, этим же правовым характером феодализма объясняется и тот в высшей степени чуждый последующему законодательству и парламентаризму общий характер сеймов и средневековых парламентов. Этот последний заключается в наличности обширных судебных функций у высших органов сословно-земского представительства. Сеймы и парламенты были прежде всего органами толкования права и решения правовых конфликтов. Они стояли не над общим правом, но под ним. Недаром говорят, что английский парламент, сохранивший наибольшие связи с сословным представительством феодальных баронов и городов старой Англии, был не чем иным как расширенной коллегией судебных присяжных, на манер тех двенадцати добрых граждан, которые в суде равных произносили решение по поводу правового спора. (Ср. Котляревский. „Власть и право", стр. 180—185.)

Исходным пунктом феодальной системы были именно отношения военной силы и мощи. С этой стороны правовая система феодализма или кулачное право были весьма приспособлены к относительно „справедливому" выражению фактических отношений силы в идеологической форме пропорционального равенства. Тот, кто был сильнее другого, отнюдь не стремился к его полному уничтожению или пре-

вращению в немого и безгласного раба, даже высших степеней, на манер азиатского сатрапа, который был таким же рабом падишаха, каким был перед сатрапом всякий отдельный подданный. Наоборот, после того, как при помощи „честного боя“ один вождь со своей дружиной доказывал другому свое преимущество при помощи меча, а иногда даже простого поединка перед фронтом своих воинов, он стремился побежденного связать узами верности и военной службы и охотно оставлял ему значительную часть его владений под условиями несения военной службы. Так приобретенный вассал и даже просто любой дружинник находились к наиболее могущественному господину в отношениях верности, которая отнюдь не исключала свободы перехода к другому господину, если, конечно, последний оказывался сильнее. Система феодализма, как она сложилась у арабов, японцев и европейского средневековья, есть, таким образом, система двухсторонних договорных отношений, постоянно колеблющихся, сообразно отношениям силы. В историческом процессе противоположность интересов мелкого и среднего рыцарства или конного воинства (милитес) и крупных феодалов привела в конце концов, после ряда восстаний первых, и подчас жестокой борьбы, к полной победе крупных господ. Но, тем не менее, первоначальный феодализм отличался любопытными правовыми чертами. Он покоился на условном владении землей с прикрепленным к нему населением (феод), которое в виде „жалованья“, „пожалованья“, „держания“ или „выслуги“ служило вознаграждением за несение определенной службы.

В качестве примера таких отношений обратимся к нормандскому феодальному праву. Прежде всего, здесь мы имеем условность пожалования (бенефиции), которая определяется способностью вассала, а иногда и его потомства нести военную службу. Дочь получает наследство с тем, чтобы она вышла замуж за человека, способного носить оружие и приятного ленному главе. Второй обязанностью является внесение каждый раз при переходе лена в новые руки некоторого количества оружия, одежды или просто денежной суммы (до 100 шиллингов за каждый рыцарский лен). Это называлось релевиум. В-третьих, ленный господин является обязательным опекуном малолетнего ленного наследника и ленной наследницы до достижения ими совершеннолетия. Брак заключается опекуном, при чем ленный глава получает экстраординарную помощь от вассала в случаях: 1) выкупа его из плена, 2) снабжения приданым его старшей дочери и 3) посвящения в рыцари его старшего сына. Лен подлежит возвращению, если у вассала не остается наследников и если он совершает преступление неповиновения своему

ленному господину, как, например, измену или „порчу крови“, т.-е. негодность потомков для пользования наследством. (Гнейст. „История государственных учреждений Англии“, М. 1885 г., стр. 104—107.)

По германскому ленному праву обязанности вассалов определяются следующим образом: верность господину требует феодального повиновения. В качестве специальных обязанностей на него возлагается военная служба, которая определяется как феодальным договором, так и обычаем — феодальное право. Он обязан ленному господину особым почтением и подчиняется его суду. На вассале лежит далее почетная или придворная служба, несение определенных судебных обязанностей и, наконец, различные денежные дачи и хозяйственные повинности, которые представляются согласно феодальному договору. Что касается предметов, являющихся объектом ленного держания, то к таковым причисляются не только вещи, но и права, при чем под вещами разумеются и вещи движимые и недвижимые, а под правами одинаково, как относящиеся к области публичного права (право суда, управления), так и частные (как, например, право охоты). Право наследования в Германии установилось подобно другим, принятым в Европе обычаям, сначала в качестве исключительно мужского, а затем и женского, которое в некоторых местах совершенно приравняло женское потомство к мужскому. (Boehmeri. „Principia juris feudalis Goetlingae“, CIDIDCCLXXXIX, книга 1-я, секция 1-я, глава 3-я. Секция 2-я, гл.гл. 1—3, 8.)

От такого условного держания резко отличается вотчина или аллод, которая встречается уже в эпоху феодализма и по своей природе дает картину наследственной частной собственности, мало чем отличающейся от современной. Недвижимые имения, принадлежавшие собственникам на вотчинном или аллодиальном (патримониальном) праве, обыкновенно обрабатывались несвободными людьми, даже, преимущественно, рабами. Само собой разумеется, что ограниченному праву распоряжения и пользования феодального владения резко противостояла власть собственника в вотчинном имении. В последнем случае он был носитель неограниченной власти над своим живым и мертвым инвентарем. Противоположность между феодом и аллодом дала разительную двойственность и в праве господства над более широкими территориями. Феодальное право привело, в конце концов, к построению целой пирамиды все более широких вассальных связей, при чем вассалы в свою очередь дробили полученную ими от господина землю многочисленным подвассалам и держателям, которые обязывались строго определенными повинностями и платежами по отношению к своему господину. Но все эти связи основывались не иначе, как

по договору (инвеститура), а там, где не было ясно выраженного договора, на столь же твердом положительном обычном праве. Когда затем все эти вассалы и подвассалы, после долгих битв и взаимной борьбы, сложились в земские сословия, они естественно образовали всевозможные типы земского представительства (аринга, парлиаментум) в виде сословных сеймов и генеральных штатов, и при помощи такого рода „чинов“ они заключали и дальнейшие договоры с монархом, который унаследовал права высшего сюзерена. Иные результаты дало развитие вотчины. Где патримониальное начало легло в основу образования государств, там типичным образцом для отношений между государем и его подданными стали отношения холопской или рабской преданности, с одной стороны, а с другой, абсолютной власти. Характерно, что юристы семнадцатого и восемнадцатого веков называли такое абсолютное государство „восточным типом“ политической организации в отличие от земского полуфеодального строя, который приписывается европейскому правовому порядку.

Представители буржуазной науки при исследовании конституционного строя почему-то считают необходимым провести резкую черту между правовыми порядками феодализма и современным конституционализмом. Феодальный строй при этом представляется в чрезвычайно мрачных красках, как воплощение анархии, насилия и грабежей, в то время, как конституционализм должен представлять собой идеальный образ торжества справедливости и права. Такая точка зрения легко объясняется желанием скрыть классовую основу „правового государства“, которая так ярко и, можно сказать, грубо выступала в праве феодальном. Исторически разделение феодального строя и конституционного уже потому не выдерживает никакой критики, что там, где, как это было в Венгрии и Англии, а отчасти и отдельных государствах Германии, феодальное представительство перешло непосредственно в парламентское, преемственность публичного права оказывается вне всяких сомнений. И недаром начало английского, а вместе с ним и европейского конституционализма считается с 1215-го года, т.-е. возникновения „великой хартии вольностей“, которую силою оружия английские бароны добыли у короля Иоанна Безземельного.

Как известно, Великая Хартия, прежде всего, определяет правовые границы ленного военного верховенства относительно случаев, опеки, брака и размера вспомогательных и случайных взносов. Постановления этих статей были распространены и на всех ленников вообще по отношению их к вассалам. Во-вторых, были определены правовые границы судебного верховенства в области, как гражданской юстиции, так и уголовной. Вопрос опять-таки решался

с точки зрения судебных доходов феодальных господ на основании старинного земского права и судебного порядка. В духе чистого феодализма каждый мог подлежать суду только своих „равных“ или „пэров“ (parium suorum). Третий отдел Хартии определяет размеры непосредственных денежных взысканий (штрафов), как с обмена, так и с крестьянского хозяйства. Наконец, в-четвертых, договор устанавливает правовые ограничения финансового верховенства, заключающегося в праве обложения барщиной, повинностями, оброками и пользовании различными сервитутами и правами на общие угодия. По феодальному обычаю заключающийся в Хартии договор был подкреплен взаимною присягой, так что здесь мы имеем типичный характер двустороннего договора. В Хартии имеются также и положения, определяющие право баронов на сопротивление в случае нарушения Хартии со стороны короля. Двадцать пять баронов должны явиться в качестве охранителей Хартии, и следить за ее соблюдением. Король признает право сопротивления в случае нарушения Хартии с его стороны в следующих выражениях: „И эти бароны со всею совокупностью страны могут обратиться против нас всеми доступными им средствами, именно — через отнятие у нас наших замков, земель, владений и всяким другим возможным способом, пока не будет удовлетворено их требование по их определению, не касаясь только нашей личности, королевы и наших детей. Когда же это будет исполнено, то они вновь обязаны нам повиновению, как и прежде“. (Гнейст. „История государственных учреждений Англии“, стр. 267—273.) Характерно, что подобным же правом сопротивления снабжена и венгерская золотая булла 1222-го года, и аррагонская привилегия унии 1287-го года, и иерусалимские ассизы, и польское право конфедераций. (Котляревский. „Власть и право“, стр. 187.)

Подобные положения весьма важны для изучения самой природы права. Нигде лучше мы не видим, прежде всего, насыщения права классовым интересом и, следовательно, рождения классового права в истинном смысле слова. Здесь перед нами законченная правовая конструкция, как она впоследствии неоднократно применялась во всевозможных актах земского представительства. Как известно, средневековые сеймы, парламенты, генеральные штаты или земские соборы были выражением интересов различных классов, именно на правовой почве. Самые классы выступали в строгой юридической организации сословных прав и привилегий. Принадлежность к каждому сословию и наследственная передача сословных прав были, с одной стороны, связаны с местом в хозяйственном производстве, а с другой, строго определены обычаем в общей иерархии друг над другом возвышающихся

правовых корпораций. На сеймах сословия заседали отдельно и отдельно же голосовали те или иные предложения. К своим постановлениям, рецессам или ассизам они приходили путем соглашения отдельных сословий или „скамей" между собою. Этот договор дополнялся еще другим соглашением, а именно с королем, как высшим сюзереном или сеньором, и лишь после такого взаимного соглашения получилась норма, которая и была обязательна для всех сословий. В этой картине для нас особенно важно то договорное начало, которое дает возможность отдельным видам классового права прийти к выработке некоторого общего права, обязательного для всей страны. Вряд ли где классовое право выражалось с такою неприкрытой откровенностью.

В высшей степени замечательно то обстоятельство, что юристы, которые желают рассуждать по-марксистски, как раз игнорируют феодализм при своих конструкциях классового права. Конечно, земско-сословное представительство иногда сажает рядом на скамьи представленных в сейме сословий и группы, которые, с нашей точки зрения, не отвечают вполне точно классовому принципу: на-ряду со скамьями дворян, городов и крестьян мы находим в виде особого сословия духовенство. Из дворянской группы выделяются, с одной стороны, скамьи высшего дворянства или князей, а с другой—рядового рыцарства. Иногда появляется и отдельная скамья университетов. Но, само собой, такие подразделения нисколько не меняют дела. Этим выражаются только некоторые оттенки классовых интересов, которые, во-первых, отвечают социальным различиям (высшее и рядовое дворянство), а во-вторых, при голосованиях естественно примыкают к более крупным классовым организациям (церковь и университеты). Именно на примере феодальной, а затем представительно-земской системы мы находим каждое сословие выступающим во всеоружии своих классовых прав, когда идет речь о соглашении, а последнее получает форму самого настоящего правового договора. Когда, наконец, это соглашение завершается и вступает в силу, оно снабжается различными неустойками или гарантиями, как всякий акт гражданского права, поставленный прежде всего, под охрану самих договаривающихся сторон. По общему утверждению исследователей, так же, как в актах феодальной бенефиции, коммендации и следующей инвеституры, и здесь в рецессах сословий совершенно смешиваются гражданское и публичное право. С нашей точки зрения—это достоинство, а отнюдь не недостаток, в целях наилучшего выражения классовых интересов: экономическая подоплека здесь прямо слита с политической надстройкой и дана в непосредственной связи.

В смысле нашего понимания права феодализм заслуживает пристального изучения, так же как последующая система земско-сословного строя. Здесь впервые право получило характер права классового, при чем именно каждый отдельный класс, а подчас его группировки создали свое собственное право, в котором выразился классовый интерес. Сравнительная слабость связи отдельных частей феодального общества обеспечила тут и редкую возможность самостоятельной формулировки своего собственного права. И хотя, впоследствии, в процессе взаимной борьбы требования классового права подвергаются различным видоизменениям, а порою и значительно сокращаются под давлением классового права враждебной и вместе с тем превозмогающе-сильной группы, однако проследить самостоятельный источник классового права даже среди побежденных не представляет сколько-нибудь трудной задачи. Напротив, когда восстает и подымается крестьянство, оно несет с собой подробно выраженную систему правовых положений, которые определяют и принадлежность тех или иных лиц к составу общины, и способ вхождения в нее (припущенники), и право наследования в рамках крестьянской семьи, и право усыновления при помощи иногда довольно сложных обрядов. Мы имеем здесь также выработанную систему обычаев, регулирующих пользование отдельными участками, заимками, дворами, наделами и общинными угодьями. И лишь под давлением классовой борьбы в это право вносятся новые положения, являющиеся результатом новых хозяйственных условий и классового гнета — барщина, повинности, оброки, да и самый процесс коммендации или кабального займа. Но никоим образом это крестьянское право нельзя исчерпать одним господским интересом властвующего класса, никоим образом нельзя сказать, чтобы это право было создано и заключало в себе исключительно нормы, выгодные для господствующего класса.

То же самое мы можем сказать о праве низшей городской массы феодального города. И там сначала самостоятельно возникает при благоприятных условиях классовое право служителей и рабочих, учеников и подмастрьев, которое определяет условия труда и способы его вознаграждения. Классовая борьба здесь опять-таки отнюдь не приводит к полному устранению классового содержания, обусловленного интересами труда, из правовых норм, установленных впоследствии городскими сенатами, синдиками, гонфалоньерами или консулами. Это право сжимается, подавляется, ограничивается. Но оно сохраняет свою опору в классовом сознании трудящейся массы, и поскольку условия борьбы оказываются более благоприятными для низших городских

слоев, они ни минуты не медлят в проведении своих классовых требований в великом правовом споре между сословиями. Само собой разумеется, что правовое сознание господствующих классов в том смысле торжествует победу, что классовое право этих кругов занимает высшее место в общем праве той или другой стороны, а следовательно и выдавливает свои узоры на классовом праве других, более слабых, групп. Но ведь и в классовом праве господствующих классов имеются различные уступки и зигзаги, которые определены их взаимным весом: Групповой интерес и соответственное право мелкого дворянства во многом вступало в противоречие с групповым интересом крупных феодалов и в борьбе терпело соответственные изменения. Мы ведь имеем самые настоящие дворянские революции, где мелкое, а частью безземельное рыцарство пробовало защитить свое групповое право против нарушений со стороны растущей силы князей. Следовательно и здесь необходимо различать некоторые оттенки.

При известных формах хозяйства правовая система обнаруживает громадную тенденцию к однообразию и единству. Может показаться, что праву вообще присуща какая-то, ему одному прирожденная, черта, которая заключается в стремлении все определить из одной точки и одним принципом. В известной степени такая иллюзия получает реальность в странах, где однороден хозяйственный уровень развития, а население тесно связано не только интересами экономического характера, но и общим уровнем культуры сравнительно одного и того же типа. В таких случаях действительно может оказаться скрытым разноречие правовых положений, вытекающих из классовой группировки, а право господствующего класса может принять характер общего права. На деле такого рода видимость всегда обманчива. Поскольку существуют различные классовые интересы, постольку же при правовой организации общества имеются и различные системы права, из которых каждая носит строго классовый характер. Общее право есть только результат компромисса этих отдельных классовых прав, причем, естественно, в классовом обществе этот компромисс несет уклон в сторону наиболее сильной классовой группы. И если мы попробуем взять любую систему самого, казалось бы, единого права, по существу мы найдем не что иное, как разрез глубокого геологического пласта, где отдельные правовые идеологии тянутся одна над другой в причудливой картине изломов и наслоений. В самом низу тонкая, кое-где расширяющаяся линия крестьянского права, сдавленная и прорезанная слоем дворянского права. Над классовой прослойкой трудового права

мощный пласт права предпринимателей и капиталистов, который деформирует линию труда. Но в общем и целом пестрый и противоречивый компромисс — живое отражение классовых противоречий в идеологической форме кажущегося примирения под кровом общей справедливости...

Феодальное право дает нам очень много для понимания права вообще. Оно приводит нас прежде всего к подтверждению уже найденного раньше учения о праве вообще. И здесь право слагается на почве борьбы общественных сил, при чем каждая из них строит свое право. Можно даже сказать, что общественные классы также вырабатывают свое субъективное право, как это делают первобытные роды в междуродовой борьбе. Но так как здесь хозяйственные связи имеются, хотя бы и в довольно слабом виде, то оказывается возможность нахождения путем взаимной борьбы некоторого общего права, которое даже за побежденной стороной оставляет хотя бы минимум правового признания и гарантирует хотя бы первую ступень в социальной пропорции справедливости. Формой для нахождения такого общего права здесь уже оказывается не судебное решение, с которым мы познакомились выше, а договор, на страже коего становится социальная мощь того или другого класса. Этот договор принимается как форма компромисса между все растущими классовыми группировками и при установлении определенного классового гнета. Договорная форма становится поэтому все более призрачной. Но только договором, как высшей правовой формой социального компромисса, объясняется тот факт, что во всех случаях „правового“ ограничения власти, обеспечение „прав“ граждан и построения „правового государства“ и вообще нахождения правовой конструкции политической власти, договор продолжает играть решающую роль.

Во имя договорного права выступали тираноборцы против складывавшегося на исходе средних веков абсолютизма. На договоре обосновывали демократию многочисленные сектанты на заре эпохи возрождения, когда они обращались к ветхому завету и из договора бога с древними евреями почерпали формы и рамки для заключения нового договора то с королем, то без него в целях обеспечения власти народа или его прав. На договоре фактически строятся ограничения власти монарха в пользу господствующих классов, в результате чего являются конституции представительной монархии. И когда впоследствии право от коллективной основы общин—корпораций и сословий переходит к буржуазному индивидуализму, то поскольку речь идет об основании и ограничении власти, оно неизбежно приходит к возрождению договорных теорий. Договор, как правовую основу

государства, проповедует в Англии Гоббс, а в Германии Пуфендорф. Эти писатели строят так называемую теорию подчинения, и самое повиновение монарху делают результатом договорного соглашения между ним и подданными. Пророки демократии, подобно Альтузию и Руссо, развивают учение об учредительном договоре людей между собою, при помощи которого они создают народное правительство на основе признания неотчуждаемых и прирожденных прав равенства и свободы.

Так выясняется новая социальная функция права. Это есть идеология, стремящаяся к компромиссу, действительному или призрачному. Если в своей основе она обладает характером взрывчатого вещества, то в результате она ведет к сглаживанию и ослаблению противоречий, так как несет в себе жажду не только общего мира, но и общего права [1]). Она исходит из равноправия борющихся сторон, а кончает глубоким неравенством во имя справедливости. Понятно отсюда, почему все государства мира так стремились парализовать возникновения группового или классового права и, наоборот, всеми силами домогались того, чтобы взять в свои руки фабрикацию правовой идеологии и всяческих правовых форм: заменить субъективные права объективным правом. Но для того, чтобы проследить этот процесс, мы должны теперь обратиться к другим построениям, а именно к изучению власти, становящейся в конце концов из бесправной правовой и из нарушающей всяческую справедливость в олицетворение самой правды на земле.

## V.

## Право, власть и закон.

Сравнительная история права дает нам возможность разрешить далеко не один только вопрос о природе права вообще. Элементарная структура первобытных отношений помогает нам не с меньшей легкостью проследить зарождение и других спорных отношений, которые до сих пор являются предметом столь же бесконечных словопрений, как и ошибок в юридической литературе. Таков между

---

[1]) Характерно, что даже установления так называемого „мира божия" и перемирия божия „treuga dei", за которыми последовал мир королевский, устанавливающие запрещения „частной войны" сначала только в известные дни и в определенных местностях, а затем на более обширных территориях, были первоначально результатами особого договора, заключаемого под руководством церкви и обеспечивающего обращение к нормальному правосудию. Такие договоры заключались уже в XI веке.

прочим вопрос об **отношении между властью и правом** и связанный с ним **вопрос о государстве и праве**. А так как высшее выражение власти, т.-е. власть государственная не только тесно связана, но в полном смысле слова есть результат классовых отношений и классового господства, то является поэтому возможным и выяснение связи между правом и классовыми отношениями, чего мы отчасти коснулись уже раньше.

Мы не будем здесь специально останавливаться на той жизни рода, с которою уже познакомились выше и которая принадлежит к более раннему периоду его жизни. Относительно этих форм первобытного коммунизма как будто все согласны, что там не было внутри рода ни власти, ни права в современном смысле этого слова. Как мы могли убедиться из ранее приведенных материалов, право впервые родилось в своем полном выражении из столкновений не внутриродовых, но междуродовых. Относительно власти внутри первоначального рода исследователи также единогласны: эта власть до крайности слаба. В лучшем случае она исчерпывается авторитетом стариков, вообще более опытных и знающих людей, а на войне—временной властью наиболее способного вождя, выбранного родовым или даже родовыми ополчениями, так как роды шли на войну по своим родовым же организациям. Если мы хотим искать зародыши настоящей и притом достаточно сильной власти, то мы найдем ее не в первобытных родах охотничьих народов, и „низших земледельцев", где часто родовая организация создается на основе материнского родства и даже, как это мы находим, например, у гуронов, ирокезов (в Америке), у гарос (в Ассаме, в Индии) на Марианских островах, у даяков (Саравака), у бугинезов и макассаров (на Целебесе), у балонда (в Африке) и т. п. на основе настоящего матриархата, но у народов „высшего земледелия", где родовой быт перед своим окончательным исчезновением переживает суровые времена „патриархата".

Этот тип кровной власти в эпоху зарождения частной собственности, рабства и социального неравенства действительно может быть признан властью и притом достаточно суровой и сильной. Эта власть рисуется нам у пастушеских народов в форме самой настоящей семейной деспотии. У бедуинов, каффров, гогентотов, бечуанов и гереро женщина считается настоящей вещью, которую покупают и продают, эксплоатируют и выбрасывают за ненадобностью. (Гроссе. „Формы семьи", стр. 156 — 163.) Положение детей в такой семье может быть применено вообще ко всем патриархальным порядкам не только Африки, но и Азии. „Детей... едва ли можно рассматривать в качестве чего-либо иного, как не простых вещей. Они собственность отца, на

которого они должны работать, от которого они должны выкупиться, который может продать их и у него только можно их купить. Отец ничем не обязан по отношению к ним, даже и в поддержании их жизни, если они настолько выросли, что могут сами кое-как прокормить себя. Только женитьбой или скорее только приобретением собственного потомства они будут избавлены от семьи. Их рабочая сила, следовательно, принадлежит отцу до того момента, когда они покидают семью и становятся сами главами семьи". У тюркских народов по свидетельству Вамбери мы встречаем совершенно то же самое: „сын должен вести себя по отношению к отцу, как раб". (Там же, стр. 168—169.) Перед окончательным крушением родовых порядков кровная власть рождается в отдельной семье, и в ней именно мы находим развитие семейной деспотии.

Излишне говорить здесь о развитии такой сильной патриархальной семьи как наследницы старого рода в Европе. Широкое ее распространение общеизвестно. До настоящего времени сохранился старый крестьянский двор, находящийся под властью отца-патриарха, который в железных руках держит всю семью. Такую же семейную власть дает нам и крепкий дворянский вотчинный род, где он уцелел от капиталистического перерождения. Для нас интересно не развитие семейной деспотии, но ее юридический уклад. И здесь мы имеем материал исключительной ценности благодаря не только развитию, но и правовой разработке положения древне-европейского рода. К сожалению, мы не имеем данных для такой характеристики древне-греческих порядков. Но нас вознаграждает здесь превосходнейшая обработка древне-римского права. При ее помощи, таким образом, мы можем попытаться разрешить вопрос об отношении между правом и властью в ее наиболее примитивном виде, а именно в виде власти семейного патриархального деспота в рамках разлагающегося рода. И в самом деле, если власть и право одно и то же, как это склонны утверждать слишком многочисленные приверженцы теории насилия и принуждения, то прежде, чем мы встретим развитие права на основе и совместно с классовым гнетом, мы должны встретить параллельно с семейной деспотией, опирающейся на всем известные экономические предпосылки, такое же развитие права, которое регулировало бы отношения между семейно-родовым владыкой и его подвластными.

На так поставленный вопрос нам несомненно с торжеством ответят, что действительно римское право представляет нам обширнейшую сеть предписаний, которые устанавливают и организуют такие отношения семейно-родовой деспотии. И тут приведут нам картину римской семьи хотя бы так, как нарисовал ее Муромцев: „Моногамическая

семья была в первоначальном римском обществе наиболее мелким и наиболее замкнутым союзом. Ее основа хозяйственная и религиозная... Главою семьи являлся отец (патер фамилиас); он домовладыка. Римская семья представляла ту фазу, в которой главенство родительницы сменилось главенством отца, счет родства по женской линии счетом родства по мужской линии... Род воплощал идею происхождения, семья (familia) идею принадлежности. Глава семьи был господином ребенка не потому, что рождал его, но потому, что по рождении принимал его в свой дом. Государство застало семейный союз окрепшим и замкнутым и на первых порах оставило его в неприкосновенности. Внутри семьи оно признало власть владыки безусловною. Другими словами, государство воздержалось от всякого вмешательства в распорядок внутренней семейной жизни. Это отношение государства к семье выразилось в юридическом формулировании личной власти патер фамилиас". (Муромцев. „Гражданское право древнего Рима", стр. 24—25.)

Спрашивается теперь, каковы же эти „права"? Муромцев отвечает на этот вопрос следующим образом: „В частной сфере он (домовладыка) покрывает вполне своею личностью остальных членов семьи: он господин своей жены (manus mariti) властитель над детьми (patria potestas) и кабальными (mancipium), не говоря о рабах, которые считаются заодно с вещами. Со смертью домовладыки его сыновья становятся свободными и самостоятельными; тогда они домовладыки, хотя бы не были женаты и не имели потомства. Женщины же, теряя своего отца или мужа, переходят под власть ближайших домочадцев (агнатов); они не могут быть свободными и состоят под вечной опекой. Независимо от какого-либо государственного авторитета, домовладыка может распорядиться жизнью и свободой подвластного ему лица. На юридическом языке это выражалось так, что глава семьи по отношению к подвластному имеет право жизни и смерти (jus vitae ac necis), право продажи, или, точнее, отдачи в заработок (jus vendendi), а также право отдачи в кабалу (в заработок) за преступления и проступки (noxae deditio). Впрочем, юридические формулы определяют положение домовладыки крайне односторонне. Они указывают нам на полную независимось домовладыки от государственной власти; государственный суд не ведает семейных отношений... При таком положении своем семья выступает за пределы гражданского права; это учреждение из области нравов". (Там же, стр. 25—26. Ср. также Виллемс. „Римское государственное право", Киев, 1888, В. I, стр. 84—91.) Лишь патер фимилиас, лицо независимое от посторонней власти, (persona sui juris) являлся в качестве полноправного члена гражданского общества: лишь он мог иметь гражданские

права. Подвластные лица (personae alieni juris) не приобретали ничего для себя; все приобретенное ими принадлежало домовладыке. Они не были лишены возможности совершения юридических сделок, но сила их сделок относилась не к ним, а к их властелину; сделка, совершенная ими, рождала права и обязанности не для них, а для властелина... Сын, раб, кабальный, участвовали в гражданском обороте от имени своего домовладыки. (Муромцев. „Гражданское право“, стр. 25—26.)

Останавливаясь на анализе подобной патриархальной власти, мы видим прежде всего, что сами исследователи несколько недоумевают перед ее правовой конструкцией. Ибо, как оказывается, „семья выступает за пределы гражданского права“; если же мы здесь встречаемся с каким-то „юридическим формулированием личной власти“ отца семейства, то это „формулирование“ целиком исчерпывается „отношением государства к семье“, а точнее к самому этому домовладыке. Казалось бы, отсюда совершенно неизбежен вывод, что гражданское право не идет далее границ семьи, или другими словами, остананавливается перед ее рамками. Оно попросту совершено не вмешивается в отношения между отцом и его супругой, между ним же и его детьми, между ним, как домовладыкой, и кабальными людьми и даже, наконец, рабами. Все эти подвластные не имеют никакой правоспособности и не имеют никаких прав. Они являются чем-то в роде той вещи, которую уже мы встретили в качестве объекта властвования в практике тюркских, монгольских, каффрских и других подобных организаций. Право здесь развивается не в семье, а над нею или вне ее. Право в лучшем случае регулирует отношения между отцами семейств относительно их детей, подобно тому, как право собственности или владения регулирует отношения отдельных правоспособных лиц между собою, но никоим образом не отношения их к различным объектам собственности и владения или, как выражаются юристы, к вещам. В высшей степени поэтому удивительно, что несмотря на совершенно очевидный внеправовой характер отеческой власти в древнем Риме, тем не менее исследователи этого предмета именуют входящие в ее состав элементы „правами“.

Но так уже велика привычка смешивать власть и право, что везде, где мы имеем дело с первой, мы невольно подставляем и вторую. Этим, конечно, в высшей степени затрудняется различение того и другого, а между тем, казалось бы, дело обстоит очень просто. Нет права без прав. И если бы мы могли себе представить чистую форму такой отеческой власти среди определенного коллектива, где один единственный начальник и повелитель имел бы все

права, а из его подчиненных ни один не имел ни малейшего права, то в таком случае мы никоим образом не можем признать наличности при подобном порядке какого-нибудь правового строя. Это будет все, что угодно, но там не будет ни одного правоотношения, ибо среди подобного населения будет налицо только один правоспособный человек, это — начальник или повелитель, но помимо него не будет ни одного правоспособного лица. Следовательно, здесь немыслимо никакое правоотношение, за отсутствием хотя бы двух правоспособных лиц. Но здесь точно так же не будет суда, как аппарата для установления и нахождения общего права в случае столкновения отдельных правовых притязаний. А не будет суда и не будет общего права, не будет и тех справедливостей или „фемид", которые являются предпосылкой установления правового порядка. Ясно, что такой строй может регулироваться прекрасно при помощи идеологии многоразличной власти. Здесь может быть власть хозяйственная, власть кровно-родовая и семейственная, наконец, власть политическая. Но ни о каком праве здесь речи нет. Что же касается специально отеческой власти в Риме, так же как в древней Греции и других подобных обществах, то скорее на них можно распространить то, что некогда сказал Фюстель-де-Куланж, о древнем Риме, когда он установил, что основанием семьи была религия домашнего культа. (Фюстель-де-Куланж. „Древняя гражданская община", Москва, 1895 г., стр. 30 и сл., 86 и сл.)

Внеправовой характер отеческой власти имеет многочисленные аналогии там, где мы находим различных князьков и королей, неограниченно властвующих среди своего племени. Это неудивительно, так как и „отец семейства" в своем латинском и греческом выражении „патер" или „ананкс" сближается далеко не с понятием родителя, а с понятием начальника или царя „рекс". Поэтому нас нисколько не удивляет, что у многих первобытных племен имеются начальники с неограниченной властью. В таких случаях мы имеем перед собою князьков, которые, по образцу римского патер фамилиаса, распоряжаются жизнью и смертью своих подданных, так же как их имуществом. Подобных начальников встречаем мы в самых различных местах и у различных народов. Имеются такие царьки в готтентотских краалях, но также в старых киргизских улусах. Они имеются у реджанов на Суматре, но точно так же у ньям-ньямов в Африке. Подобные же обычаи свойственны и повелителю Дагомеи и королю Шоа, и султану Марокко, и старому бухарскому хану, и деспотическим повелителям в Абиссинии, Персии или начезов Флориды. (Пост. „Зачатки", стр. 112—113.) Характерно при изображении подобной вла-

сти то обстоятельство, что подавляющее число подобных деспотов пользуется божеским почитанием, и во всяком случае тесно связано с тем или иным культом. И если в первую голову патер фамилиас есть жрец домашнего алтаря пенатов и лар, то и приведенные нами царьки имеют непосредственное отношение или к магии, или к религиозному культу, или, наконец, непосредственно к сонму божеств. (Ковалевский. „Социология", том II, СПБ., 1910 г., стр. 194—197. О связи между религией и властью см. новейшие исследования Фрезера.) Во всех подобных случаях мы имеем весьма сильно развитую власть, но вряд ли кому-нибудь придет в голову эту власть называть правовой или связанной с правовым порядком, поскольку здесь единственно правоспособным лицом является большой или маленький деспот. Летурно такое повиновение называет „собачьим".

Мы уже остановились раньше на конструкции рабовладения и на его юридической природе. Мы отметили тогда, что здесь мы встречаемся с образцом классового господства и эксплоатации в определенных экономических целях, при чем между классом эксплоататоров и классом, воплощающим в себе порабощенный труд, не имеется никаких юридических отношений и вообще никакого права. Это область чистого факта. Остановимся сейчас на подобных отношениях несколько ближе, так как они являются ярким примером того, что самая свирепая классовая власть может быть совершенно лишена правового характера в своей структуре. Что такое рабство? По определению Нибура это есть не что иное как „принадлежность одного человека другому". Пухта определил рабство более юридически. Он говорит, что подчинение человека человеку может быть „неограниченным, когда подчиненный во всей своей внешней жизни третируется, как простое орудие целей господина; личность подчиненного в этом случае всецело поглощается. Таким учреждением и является рабство". Если принять во внимание указания Пухты, то можно определить „раба, как человека, составляющего собственность или владение другого и обязанного работать для последнего". (Нибур. „Рабство", стр. 17—18.) По определению римского права, которое было решающим для всего последующего развития, „раб был вовсе исключен из состава гражданского общества, и положение его определялось не правом, но обычаями и нравами... Рабы не могли обращаться к органам правовой защиты для охранения своего положения; поэтому с юридической точки зрения положение раба представлялось совершенно бесправным. Юридически раб не состоит ни в каком отношении ни к обществу, ни к государству. Он не субъект, но объект, равный обыкновенной вещи; рабы

суть вещи, отнесенные вместе с важнейшими животными к классу вещей „манципи“. Отношение раба к господину и к равным себе не имеет решительно никакой юридической цены: личность раба вполне поглощается личностью его господина, который считается полным хозяином его жизни, тела и чести. По выражению древних: „рабу нет стыда при исполнении повелений господина“. Для раба: „бесстыдство—необходимость“. (Муромцев. „Гражданское право“, стр. 32—34.)

Насколько раб почитается существом, стоящим вне права, показывает далее и тот процесс, который связан с требованием его освобождения, если этот раб неправильно лишен свободы. И если даже про помощи грубого насилия или ошибки случайно захвачен кем-нибудь свободный человек в качестве якобы раба, принадлежащего захватчику, то этот несчастный не имеет права даже обратиться в суд с требованием возвращения свободы. Должен найтись непременно другой человек, принадлежащий к свободным гражданам, который согласен принять на себя не только роль так называемого „виндекса“, или истца, но и своего рода поручительство за правильность иска, так как он обязан был внести в обеспечение требования особый залог (сакраментум), и этот последний в случае проигрыша процесса теряется им в виде пени или штрафа за недоказанный протест. (Иеринг. „Дух римского права“, стр. 114.) Иск по отношению незаконного порабощения имел широкое распространение и в другом отношении. И так как древнее римское право знает заем только в виде кабальной сделки (нексум), то неисправный должник приравнивался в этом отношении к рабу и терял сам право в качестве кабального защищать себя на суде. Благодаря самому факту неуплаты долга, так как наличность сделки предполагалась бесспорной, он выходил из области права и становился беззащитным. „Виндекс замещал должника и открывал процесс с кредитором; в случае проигрыша дела заступник, не облегчая участи должника, сам осуждался к уплате долга, существование которого так неудачно оспаривал“. (Муромцев. „Гражданское право“, стр. 68.)

Аналогичное положение рабов мы находим широко распространенным у различных стран и народов. Постановления кодекса Хаммураби говорят о рабах лишь по поводу укрывательства беглых или похищения чужих рабов на-ряду с кражею и грабежом каких-нибудь других вещей (ст.ст. 15, 16, 17, 18, 19, 20). Нанесение увечья рабу влечет за собой лишь возмещение половины его стоимости его собственнику, убийство же раба возмещается предоставлением его хозяину нового раба взамен убитого (ст.ст. 199,231). Точно так же похищенный раб, как и украденная вещь, возвращается своему хозяину без денежного вознаграждения, если он даже

и находился где-нибудь в чужих руках (ст.ст. 279, 280, 281). Никакой возможности для раба предъявить иск о свободе к своему господину по этому древне-вавилонскому кодексу не существует. Сам господин решает вопрос, если раб поднимает протест и говорит ему: „Ты не господин мне“ (ст. 282).

Только последующее смягчение рабства под влиянием изменения хозяйственных условий приводит в различных законодательствах к появлению некоторых прав у раба, хотя и здесь сомнительно, есть ли это в полном смысле слова субъективное право раба или объективная норма, которая возлагает известные обязанности на его господина. Таковы некоторые постановления древнего индусского права, которые требуют освобождения раба в известных случаях (кодекс Яджнавалкийя), или мусульманского, где рабу дозволяется даже совершить со своим хозяином договор выкупа на волю. Значительно мягче кабальное рабство по скандинавскому праву (закон Гулатинга), где должник становится временным рабом, но сохраняет звание свободного человека по отношению к третьим лицам. Хозяин не мог продать такого кабального и точно так же не мог применить никаких мер насилия к тому, чтобы заставить работать такого временного раба. Хозяин обращается в этих случаях за помощью к родственникам кабального и требует, чтобы родные заставили упрямца работать. Лишь в случае отказа родных он может убить или изувечить непокорного. Закон говорит, что в таком случае он может „резать, где ему угодно вверху или внизу“. (Дарест. „Исследования“, стр. 56, 82, 183, 292, 302, 303.)

Сравнение последних положений Гулатинга с постановлениями римского и вавилонского права совершенно ясно кладет различие между временной кабальной зависимостью и подлинным рабством. Только римское право в своем нексум приравнивает того и другого в отношении к процессу. Бесправное положение рабов однако, не покажется нам удивительным, если мы припомним главное происхождение рабства. Это — война и плен. Но отношение к чужим, а тем более к врагам, с которыми тот или иной народ находится в состоянии войны, это опять-таки отношение по принципу лишенное права, хотя и связанное с громадным развитием и власти, и насилия. Таким образом наличность состояния вне права стоящей власти только продолжает свое существование в дальнейшем отрицании каких бы то ни было прав за рабом. И нужно отметить, что такая практика отнюдь не изменилась с веками и даже тысячелетиями. То отрицание какого бы то ни было права за военнопленным, которое было свойственно кодексу Вавилона, целиком возродилось во время последней империалистической войны. Перед

нашими глазами прошли бесчисленные акты не только чудовищной эксплоатации взятых в плен врагов, доходящие до массового убийства их на изнурительных работах и при невозможных гигиенических условиях, но и акты столь же массового истязания и мучительства, ставшие возможными в виду полного отрицания правовой личности людей, отданных на волю захватчика. Как при настоящем рабстве, так и здесь в некоторых случаях фактически положение улучшалось. Но протесты и жалобы военнопленных были целиком отданы на усмотрение своих поработителей. Никаких прав, можно сказать без преувеличения, они не имели. Характернейший пример, доведенный до своих пределов власти, которой не противопоставлено никакое право.

Примеров громадного напряжения власти, лишенной правовой идеологии, можно, конечно, привести бесчисленное количество. Особенно таким характером отличается власть религиозного типа, где человек противостоит подавляющей мощи божества. И если в эпоху человекобожества на манер древней Эллады и Рима еще возможно было какое-то взаимное обязывание правами между смертными и небожителями, то поскольку понятие божества уходило в мистическую идеологию и приобретало несравнимый и часто бесконечный характер непознаваемой силы, исчезала всякая возможность какого бы то ни было хотя бы „пропорционального" уравнения. На одной стороне было все, на другой ничего. И если создавались даже порой грандиозные кодексы религиозного поведения, то они принципиально всегда были лишены правового характера, конечно, поскольку мы говорим о непосредственных отношениях между человеком и божеством. Но там, где при помощи жрецов выраженная свыше воля божества становилась критерием для установления справедливости на земле, там естественно получалось и особое божеское право. Это право нисколько не ограничивало божество и не имело к нему никакого прямого отношения. Бог становился лишь на положение рабовладельца, который своим рабам давал закон своей воли и нормировал отношения между этими рабами. Так и римский домовладыка мог разрешить своим рабам приобретение имущества на прекарном праве, а своему сыну дозволить иметь какое-нибудь добро или имение на положении „пекулия". Но по существу это все были лишь проявления единой правоспособной воли — самого рабовладельца. Перед глазами всех свободных только он был собственником имущества, только его воля принималась в расчет с точки зрения общего права.

На характерных чертах божеского права мы остановимся еще ниже. Теперь лишь отметим, что фактически все примеры божественного законодательства, кем бы оно ни устанавливалось — Мардуком, Сераписом, Брамой, Яхве,

Аллахом или Христом — являются лишь дальнейшей религиозно-мистической надстройкой над выработанными уже фактически правовыми отношениями и нормировкой, а следовательно представляют собой лишь своеобразную надстройку над надстройкой, уже существовавшей раньше. Это сооружение, можно сказать, второго или даже третьего этажа сложной идеологической конструкции. Конечно, такое новое идеологическое отражение при помощи фантастических категорий всяческой мистики дает свой неизбежный отпечаток праву, осененному божественной благодатью. Для нас важно здесь не то. Религиозная область нам сейчас интересна именно как сфера, где рядом со сравнительно небольшим правовым сооружением возвышается громадная постройка чистой божественной, а точнее церковно-религиозной власти. Эта же власть принципиально противоположна праву, и лишь тогда жрецы всех стран и веков чувствовали себя господами положения, когда им не могли быть противопоставлены никакие „права“ со стороны подчиненного им человеческого стада. И если между бесконечным и конечным нет никакой нормы, обязательной для них обоих, то совершенно в такое положение стремится стать и жрец, как носитель божественной благодати по отношению к подвластному. Когда же те или иные божества под давлением обстоятельств были принуждены в лице своих наместников и уполномоченных итти на договоры с верующими, то и в таких случаях не оказывалось никакой возможности суда между теми и другими, а следовательно и нахождения справедливости.

Едва ли не единственным, и в высшей степени курьезным образцом правоотношения и договора между богом и человеком представляет собою так называемый ветхий завет или, говоря правильнее, контракт между Яхве и еврейским народом, который был заключен будто бы при Моисее, но записан, как это обыкновенно и бывает с божественными контрактами, с большим опозданием в эпоху вавилонского пленения в книге ветхого завета. На этом акте мы видим действительно все характерные черты договора между племенным божеством в качестве высшего вассального господина и между его почитателями, которые сведены будто бы в двенадцать колен израилевых. С обеих сторон мы видим ряд обязательств. Яхве берет на себя материальное обеспечение своего народа плодородной землей в Ханаане и снабжение его достаточной рабочей силой — „потомством, как песок морской“. Взамен за это народ со своей стороны обязуется построить небесному господину жилище, берет на себя его прокормление при помощи жертвоприношений, а затем ряд обязанностей, в состав которых зачислены и содержание левитов, и обряды культа, и ряд правил экономического, юри-

дического и даже санитарно-гигиенического быта. Определенная неустойка в виде самых ужасных болезней, войн и бедствий оговорена, однако, не за обеими сторонами в одинаковой степени. Народ оказывается в гораздо менее выгодном положении, нежели божество. Все неустойки идут в защиту договорных прав Яхве, при чем совершенно не установлен способ обеспечения возможного иска со стороны верующей массы. Как известно, исторически этот договор оказался нарушенным со стороны одного из контрагентов, а именно божества. Последнее прибегло к совершенно непозволительному использованию неустоек. Еврейскому народу совершенно некуда обратиться за правосудием против другого контрагента, и призрачность правовых отношений с божеством может считаться доказанной даже для самого верующего еврея... Власть и здесь победила право.

Договор между богом-покровителем и избранным народом может быть однако рассмотрен и с другой точки зрения. Ибо уже здесь мы встречаем тот идеологический поворот, который становится обычным для религии и вместе с тем находит своеобразный мост между властью и правом. Пожалуй, мы можем даже сказать, здесь мы подходим к центральному пункту религиозного творчества, которое впоследствии отразилось с необычайной силой на правовой жизни народов. Ибо уже в ветхом завете примешивается к договорному началу, а порою заглушает его то проявление власти, которое мы встретим впоследствии в широко развитых формах божественного откровения и религиозного веления. В еврейской библии бог бесспорно выступает в двух видах. Его древнейшая феодальная форма заставляет его вступать в договор. Но его позднейший вид бога вседержителя, всемогущего царя и владыки придает старому закону особую форму, которая в конце концов и побеждает. *Это форма закона.* Здесь мы подходим к настоящему идеологическому ключу, к волшебному мосту, который перебрасывается между властью и правом. *Закон — вот слово, которое рождается от своего отца-власти и матери-права и запечатлевает собой целые тысячелетия социальной культуры* на самых различных ступенях развития, во времена, разделенные многими веками у народов, собранных со всех четырех стран света. Природа закона сразу бросается в глаза и делает возможным такое его изумительное по развитию и исключительное по значению победоносное шествие.

Если мы вчитаемся в обширнейшую литературу о законе, как она, хотя бы родилась в результате споров германской предреволюционной юриспруденции, то мы сразу заметим в нем те два основных лица, которые явились причиной непримиримых противоречий. В законе уже тогда

различались две его стороны: так называемую формальную и материальную. Под первую подводился характер закона, как веления высшей государственной власти, как результат формальной воли законодателя. С этой стороны все, что ни проходило стены представительных палат, получало форму закона независимо от его содержания. Под второй разумелось специально правовое содержание закона, т.-е. установляемое им правоотношение, как связь прав и обязанностей. Нельзя не видеть в первом пункте проявления того, что называется властью, а во втором того, что мы условились называть правом. Конституционная практика дала достаточно примеров и того и другого типа, при чем подобно тому, как в форме закона может быть издан акт, неимеющий правового содержания, точно так же может быть дано и правовое положение, которое устанавливается отнюдь не государственной властью. Подобное различие, казалось бы, не представляет ничего страшного. В форме закона в конституционных государствах устанавливается бюджет, объявляется натурализация иностранцев, устанавливается наличный состав армии или мобилизуется внутренняя гражданская милиция. Более того, материальные законы весьма часто издаются не только законодателем, но также административной властью по особому полномочию, при чем это нисколько не мешает тому, что норма такого указа создает различные правоотношения. (Ю. Гачек. „Общее государственное право на основе сравнительного правоведения", Рига, 1912 г., ч. 1-я. Право современной монархии, стр. 142 и сл.)

Для нас различение формальной и материальной стороны закона не представляет никакой загадки. Следуя установленному нами пониманию права, мы совершенно ясно различаем в законе, с одной стороны, акт веления или приказания, который свойствен идеологическим формам власти, а с другой—выявление или, вернее, высказывание правового характера, которое нисколько не иначе, нежели это делается в судебном решении, обнаруживается в тексте закона. Законодатель с этой стороны в акте законодательства совершает два акта. Во-первых, он произносит правовое суждение о наличности определенного правоотношения между теми или другими лицами, связанными взаимными правами и обязанностями, при чем это суждение произносится с точки зрения известной справедливости и направлено к установлению того или иного прямого или пропорционального равенства. Но это суждение имеет особый характер. Оно подкрепляется актом власти и получает обязательную форму не потому, или не только потому, что оно опирается на известную социаль-

ную справедливость, но и потому, а, может, исключительно потому, что оно опирается на акт веления власти, основанный на авторитете, силе или другом, достаточно убедительном при данных условиях социальном аргументе. Такого рода „закон" имеет везде место, где мы находим власть, и даже там, куда не доходит общее право и где нет правоотношений в нашем смысле слова. Мы здесь, конечно, говорим о „законе" исключительно, как акте власти.

Мы видели выше развитие власти патриархального отца семейства. Спрашивается, может ли он издавать „законы" для подвластных ему рабов, клиентов и членов семьи? Мы думаем, что да. Он может установить известные правоотношения между подвластными ему лицами и может связать себя сам обязанностью не нарушать этих законов до тех пор, пока он в такой же форме не издаст новых, или пока он вообще не отменит всякого своего законодательства и не поставит на место его свое чистое благоусмотрение. Мы видели выше отношения рабовладельца и его двуногого скота, немого и глухого в правовой области. Спрашивается, может ли хозяин превратить их временно для себя и в пределах своего хозяйства в условные правовые величины, которые будут накоплять на свое имя хозяйское добро и даже вести какое-нибудь предприятие с целью дать своему господину увеличенный оброк? Опять-таки, несомненно, да. И мы имеем в истории примеры, когда крупные рабовладельцы, начиная с греческих и римских патрициев и кончая недавними плантаторами южной Каролины, издавали целые кодексы правил для своих рабов, награждали их призрачной личностью правового характера, предоставляли им совершение сделок между собою и даже наделяли их в известных пределах своей собственной правовой квалификацией в качестве всевозможных уполномоченных, приказчиков, управителей и т. п. Прежде всего во всех этих актах лежит веление как акт власти. Это веление не награждает признанием уже существующие права, но как бы искусственно творит их. Подобное прекарное царство права существует, как эфемерный домик или воздушный замок лишь до тех пор, пока это угодно господину. Одним дуновением он может его упразднить, и ни одна из созданных им юридических масок не может предъявить к нему никакого правопритязания за причиненный ей лишением прав тяжелый ущерб. Совершенно таков же характер законодательства и в каком-нибудь деспотическом княжестве, где все отношения проникнуты абсолютной властью капризного и всемогущего тирана. „Право" может возникнуть на основании его „закона", но так же легко может и исчезнуть. Сам законодатель своим „правом" свя-

зан лишь постольку, поскольку он этого хочет, а вернее пока это ему выгодно.

Такого рода „законодательство“, как очевидно, есть ничто иное, как чистое обнаружение власти. О праве в нашем смысле здесь говорить не приходится. Материальное содержание подобного закона настолько неустойчиво и слабо, временно и эфемерно, что оно по существу исчерпывается целиком его формальной стороной. Подобное законодательство есть лишь произведенное в форме правовой регламентации чисто техническое приспособление или распорядок, зависящий исключительно от власти и обязанный только ей своим существованием. Это своего рода вторичная надстройка над актом власти. И если можно здесь говорить о зависимости идеологической формы от экономической структуры, то последняя прежде всего отражается в построении тех или иных отношений власти и подчинения, и уже, во-вторых, через власть и ее закон в отношениях равенства, которые устанавливаются подобной властью. Прекращается власть и немедленно с ней падает второэтажная надстройка, основные корни которой даются этой самой властью. По существу здесь и говорить об отношении между правом и властью не приходится. Оно предопределено фактом наличия власти. Если же нас интересует этот вопрос, то лишь потому, что мы имеем обширный класс социальных явлений, где власть рождается в такой же мере из производственных отношений как право, так что обе эти идеологические формы являются как бы конкурирующими друг с другом и во всяком случае претендуют на одинаковую близость к базису производства. В таких случаях для социолога-марксиста может действительно представить интерес учение о соотношении власти и права. В особенности в тех случаях, когда ставится вопрос о сознательном пользовании этими идеологическими формами еще в рамках классового общества хотя бы переходной эпохи. Однако не будем себя освобождать от подробного выяснения вопроса и начнем, по нашему обыкновению, с примитивнейших форм сочетания власти и права в виде божественного веления, которое так или иначе уже застает право и устанавливает с ним известный контакт.

Едва ли не одной из более ранних встреч права и божеской власти является институт так называемого „табу“, который мы находим у громадного большинства тотемически организованных племен. Как известно, этот институт заключается в том, что отдельные предметы и живые существа посвящаются божеству, связываются с ним при помощи некоторых магических действий и определенной символики. Такие существа и вещи немедленно выходят из пределов общественного оборота. Предмет, на который кладутся особым образом завязанные стебли,

или лицо, которое совершает известные действия и произносит сакраментальные слова, этим самым оказываются принадлежащими божеству и под страхом болезни и смерти никто не осмеливается прикоснуться к ним. При помощи такого табу может быть защищена индивидуальная собственность — оружие, платье, съестные припасы или орудия труда от малейшего поползновения окружающих. И как бы ни было велико желание со стороны нашедших подобный предмет воспользоваться им, под страхом смерти они оставляют неприкосновенной такую чужую собственность. При помощи табу защищается мать во время родов и ее малолетнее потомство от посягательств со стороны самца, при помощи такого же средства исключается из состава дичи, подлежащей охоте, та или иная порода животных, а в случае неурожая, определенные съедобные растения в целях обеспечения голодающих. Но при помощи того же табу обеспечивает себе неприкосновенность кровавый деспот, который пользуется табу и в том отношении, что он при помощи этого института делает „священным", а вместе с тем и захватывает, или, попросту говоря, грабит, все, что ему только ни понравится. (Ср. Фрейд. „Тотем и табу", М. 1923 г. в составе психологической и психоаналитической библиотеки.)

Некоторые писатели считают возможным вообще вести происхождение собственности от табу. Подобное утверждение однако ничем не оправдано. Во-первых, мы сейчас слишком хорошо знаем о происхождении собственности непосредственно из условий материального производства, и эти положения пока еще никем не опровергнуты. А вовторых, те случаи применения табу к отдельным предметам, которые мы знаем говорят не об установлении собственности, а лишь о ее защите или, наоборот, нарушении при помощи вмешательства божественной силы воплощенного в тотеме божества, или, иначе говоря, обожествленного праотца и предка. Значение табу таким образом лежит в том акте сверхъестественной силы, которая здесь осуществляется на земле при помощи символических действий и обозначает не что иное как действие божества, обладающего страшной для человека силой. Ибо, как показывают факты, дикарь, нарушивший табу, испытывает столь тяжкое нервное потрясение, что под влиянием этого панического ужаса и отчаяния он действительно помимо мести со стороны родичей за святотатство, гибнет сам и смертью подтверждает силу веления божества. Когда поэтому табу освящает те или иные существующие отношения правового характера, оно только укрепляет их устойчивость и значение. Но в такой же степени табу может и нарушить правовой порядок и снабдить кровожадного князька полным иммунитетом для всех его злодейств и безобразий. Уже на этом примере мы

видим полное различие двух отдельных источников культурной организации. Смешивать эти два начала нельзя.

Если же мы имеем достаточно примеров захвата правовой жизни при помощи религиозной власти в первую голову, то это совершается несколько иными путями. Божественная власть, как мы уже упомянули выше, прямо призывается к одобрению и санкционированию существующих правовых отношений и на них построенных норм. В этих случаях святейшее, высочайшее и всемогущее существо снисходит до земных порядков и придает им значение чего-то соответствующего божественной воле. Закрепленные судебным приговором и правовым обычаем шаблоны правоотношений получают добавочное значение, подобно благодати табу, сошедшей на землю, но вместе с тем переживают совершенно незаметно радикальнейшую перемену. Прикосновение божества до основания меняет их природу. Человеческое становится божеским, а следовательно отныне выходит из круга человеческого правотворчества. Оказывается, что признанные божеством правовые положения уже извечно существовали в божественной премудрости, а следовательно в своем земном проявлении с самого начала были волеизъявлением божества. Бог установил, а не люди. А следовательно люди без согласия божества, а другими словами, жрецов, не могут ничего изменить в букве святого закона. То, что постановлено богом, может быть отменено только им или его жрецами. При помощи закона жрецы перетягивают в свои руки правовое творчество и с этой целью, во-первых, являются авторитетными судьями при третейском разбирательстве, а с другой стороны, подымаются до божественного законодательства, которое и берет в свои руки дальнейшее развитие права.

История знает громадное количество всевозможных религиозных кодексов, которые так или иначе воспринимали существующее обычное право и затем делали его исключительным произведением божества. Такую форму имели древне-египетские кодексы так же как вавилонские. На знаменитом обелиске, на котором написаны законы вавилонского царя Хаммураби, изображен царь получающим законы от бога Шамаша. Персидские маги создали кодекс Зенд-Авесты, древне-еврейские левиты, после возвращения из вавилонского пленения, окончательно формулировали так называемый закон Моисея и второзаконие. Брамины Индии дали целый ряд законодательных сборников, начиная с древнейших, как постановления Гаутамы, Баудгаяны, Васишты и Апастамбы и кончая новейшими в виде Ману и Йяджнавалкия. Таких примеров мы могли бы привести бесчисленное количество, ограничимся лишь упоминанием мусульманского Шариата

и канонического права христианской церкви, а в частности весьма совершенного кодекса римского католичества. Божественная благодать, легшая в основу этих кодексов, сделала возможным последующее законодательство, которое в свою очередь служило интересам жреческой корпорации. Подобные вторжения были особенно часты в сфере распоряжения земельным имуществом, так как здесь святым отцам приходилось встретиться с неотчуждаемостью родовой и общинной собственности, так же как с полным почти отсутствием права завещаний и распоряжения путем дарственного отчуждения. А так как жречеству было необходимо существовать и при том как раз путем вымогательства всевозможных земельных участков на благо „мертвой руки“, то одинаково в Европе, Азии и Африке мы встречаемся с преобразованием путем божеского закона существующего вещного права, а вместе с ним права завещательного, наследственного и права дарений. Как очевидно, здесь бог непосредственно заботился о своих верных слугах.

Божественная санкция закона была весьма скоро усвоена и государственной властью, поскольку последняя, как известно, установлена на земле не без участия сверхъестественных сил. „Божья милость“, которую мы встречаем впоследствии в религиозном обосновании власти христианских королей, с тем же успехом, но от имени нескольких других божеств, практиковала освящение власти в такой же степени египетских фараонов, как вавилонских царей, японских микадо и мусульманских эмиров, турецких падишахов и абиссинских негусов. Все это люди, не то происшедшие непосредственно путем божественного снисхождения к земным женщинам, не то впоследствии осененные соответственной благодатью. Во всяком случае один вывод—все эти сосуды благодати сделали свое дело без малейших стеснений. Поскольку они почувствовали в себе божественное величие, силу и премудрость, постольку же они сочли себя в праве толковать божью волю на земле в виде издаваемого ими закона. Совершенно лишнее говорить здесь, в какой степени подобный захват правового творчества в руки царя, как законодателя, усилил рост и мощь государственной власти. И если мы выше встречались неоднократно с примерами власти, совершенно внеправной, то насколько выше должна быть государственная власть, которая менее всего желает наложить на себя какие бы то ни было обязательства по двустороннему договору с другой управомоченной стороною но, наоборот, дополняет свое могущество еще великою властью свыше определять отношения равенства и справедливости среди своих подданных и этим путем обуздывать одну из опаснейших социальных сил, вечно рождающихся из хозяйственного интереса.

Само собой разумеется, что подобные кодексы всегда снабжались пышными идеологическими украшениями. И если мы возьмем в качестве примеров два кодекса, отделенные друг от друга десятками столетий, то нас поразит сходство в их мотивации. Вот перед нами Хаммураби „мудрый царь, послушный слуга Шамаша... полновластный царь царей... божественный... могучий владыка, которому по праву принадлежат скипетр и корона, которыми снабдила его мудрая богиня Мама“ (равнозначна Иштар), „непорочный князь владыка царей, неодолимый воитель, высокий, молящийся великим богам“, „призванный“ в качестве „славного, богобоязненного князя для водворения в стране справедливости и истребления беззаконных и злых, чтобы сильный не притеснял слабого“, он „даровал право и законы на языке страны, создав этим благосостояние народа“. (Законы Хаммураби, Введение.) И подобным же образом какой-нибудь грузинский царь Вахтанг издает свои законы со следующим обращением: „Цари и судьи, сперва вам осмеливаюсь представить книгу сию, дабы вы видали и твердо памятовали, что бог творец всяческих, ничего столько не требует от вас, как справедливости и что самый гнев божий низводится только неправосудием... Неправосудие всей жизни посрамляет человека, переводит его бездетно и истребляет, сокращает долготу дней и опустошает наследие его; за неправосудие небо уменьшает для него росу, а земля плоды, а в будущей жизни оно погубляет его и предает муки вечной. Все сии злосчастия происходят от неправосудия“. С этой целью говорит Вахтанг, по одобрении „первосвященника великой столицы Мцхета, богом воздвиженного над хитоном господним и мироточивого столба, кормилодержателя“ и т. д., „мы установили и предписали законы, какие только ум наш мог изобресть“. (Сборник Вахтанга VI. Введение и ст. 1.)

Упоминание о справедливости и правосудии весьма характерно для приведенных актов. Подобные ссылки встречаем мы буквально во всех кодексах царского законодательства, вплоть до пресловутого девиза Александра II, где было торжественно провозглашено: „Правда и милость да царствуют в судах“. Этим весьма определенно выясняется основной смысл законодательных актов власти. Она здесь захватывает именно область права с его судебным осуществлением, а главное, образованием объективного права или общего права, как высшей нормы повелевающего закона. Такой захват правовой сферы властью оказывается абсолютно необходимым для того, чтобы осуществить социальные цели, которые выдвинули того или другого монарха. К таким целям принадлежат в первую голову: овладение хозяйственной жизнью страны при помощи судебной и внесудебной юстиции, начиная с судебных пошлин, виры и кончая регулиро-

ванием имущественных отношений; осуществление тех задач, которые ставит находящийся за монархом, господствующий класс в интересах его классового гнета и эксплоатации; непосредственная защита самих органов власти с их аппаратом непосредственного подавления и принуждения. Таким образом право и справедливость, в значительной степени оторванные от своей первоначальной почвы, фабрикуются в строгом соответствии с политикой централизованной власти и постепенно настолько срастаются с нею, что теряется всякая возможность различить, где начинается одно и кончается другое.

Тут мы получаем процесс, весьма аналогичный развитию всякой церковности на основе любого религиозного учения. Сначала святым считается то, что соответствует определенным требованиям некоторой религиозной нравственности, ее идеалам и правилам поведения. На этом основании выдвигается известный авторитет, появляются на-ряду с подвижниками, мучениками или исповедниками различные пророки, апостолы и учители. Становясь благодаря авторитету распорядителями имущества и организаторами религиозного союза, они приобретают власть. Но ставши властью, они стремятся ее удержать, не взирая на отсутствие требуемой от них святости. Они становятся святыми и получают власть уже не потому, что они действительно удовлетворяют требованиям святости, но, наоборот, сама власть становится основным признаком наличия благодати, а следовательно тот, кто обладает властью, тот и свят, каковы бы ни были его личные свойства и поведение. Это, конечно, обычный процесс идеологического отрыва, который мы наблюдаем почти везде, где идеология, благодаря определенным условиям, отделяется от действительности, превращается в фетиш и сама претендует на значение какой-то особенной действительности. В свое время подобный процесс очень ярко был показан Рудольфом Зомом на истории образования католичества. В области государства и его отношений к праву мы находим то же самое. И если еще вчера, во имя права (равенства—справедливости), предъявлялись к власти те или иные требования по молчаливому или явному договору, то сегодня власть сама становится воплощенной справедливостью, и до чего только она ни коснется, все становится правом.

В высшей степени любопытен процесс, путем которого на континенте, а в частности во Франции, совершился переход от старого феодального права к новому королевскому ордонансу. В половине XV века был издан королевский указ о собирании юридических обычаев. Король из своего совета назначал от двух до четырех делегатов - комиссаров,

которые должны были по отдельным округам выяснить нормы действующего обычая. Эти делегаты в каждом округе созывали сословное собрание из духовенства, дворян и горожан, при чем такое собрание в свою очередь избирало особых депутатов из числа местных юристов, адвокатов или членов местного парламента (суда) и поручало им составить проект свода местных юридических обычаев или кутюмов. Проект этот обсуждался затем в названном собрании под руководством королевских комиссаров. Получив одобрение в областном собрании, проект отправлялся в государственный совет, а после его просмотра представлялся на утверждение королю. После такой королевской санкции проект приобретал силу официального законоположения для данной области. Само собой разумеется, что руководство королевских делегатов привело к тому, что из этих кутюмов было выброшено все, что могло противоречить интересам правительства и таким образом уцелели почти исключительно положения гражданского права. Такое собирание кутюмов имело место, главным образом, на севере Франции, так как вся страна делилась на две правовых области: север был сферою применения правовых обычаев или кутюмов и поэтому назывался „страною кутюма“, тогда как на юге, в этой „стране писанного права“, издавна применялось право римское, которое было своеобразной переработкой различных положений римского права. (Зигель. „Лекции по сравнительной истории права“, Варшава, 1911 г.)

Ряд ученых юристов продолжал дело обработки обычного права Франции и создал обширную литературу по этому вопросу. Таковы были Гюи Кокиль, Антуан Люазель, Эзеб де-Лорьер, которые в конце концов выработали целую систему французского права. За ними следовали юристы догматики, как, например: Дома и Потье, ставшие на точку зрения естественного разума, который для них был воплощен в римском праве. После школы исторической разработки права в духе Куяция (Кюжа) и Паскье преобладание получили, как и следовало ожидать, легисты, вышедшие из рядов городской буржуазии. Их представителем является аббат Дюбо, который в своих произведениях стремился совершенно слить историю франков с историей Рима и отождествить франкскую государственность с римской. Королевская власть здесь прямо выводилась, как последствие самодержавия римских императоров. Права и привилегии горожан связывались со временами римского владычества, городская культура приписывалась тем же римлянам, а в результате выставлялось требование доставить преобладание римскому праву. Такое литературное движение вполне отвечало потребности городских классов в новом, общем для всех твердом и рациональном праве, и вполне естественно,

что во французском обществе римское право представлялось своего рода „писанным разумом“. Интересы абсолютизма в значительной степени совпадали с интересами городского класса, и, стремясь к усилению своей власти, французские короли в том же римском праве находили для себя чрезвычайно выгодные положения, сводившие все право исключительно к воле монарха и объявлявшие, что „царь свободен от подчинения законам“. Однако замена старого обычая королевскими ордонансами при идеологической поддержке римского права состоялась не без борьбы. Особенно упорное сопротивление оказали провинциальные судебные парламенты, которые обладали властью не только сверять правовое содержание ордонансов с предписаниями действующего права, но и правом вносить в судебные списки (регистрировать — enrégistrer) обязательных для суда правовых норм лишь те королевские приказы, которые по своему содержанию не нарушали существующего права. Таким образом парламенты сплошь и рядом отказывали королевским ордонансам и декретам в регистрации, а следовательно лишали их всякой юридической силы для провинции и ее суда. Единственным средством против этого было устройство заседания в личном присутствии короля, как верховного судьи, который непосредственно отдавал приказание внести данные ордонансы в судебный регистр. Как жаловался впоследствии Людовик XIV в своих посмертных произведениях, ему слишком часто приходилось путем апелляции переносить дела в стены парижского парламента и там добиваться регистрации королевских приказов.

До конца царствования Людовика XV королевской власти так и не удалось захватить в свои руки централизацию правового творчества. Однако уже после Людовика XIV чувствовалось грядущее восстание буржуазии. Задолго до революции она готовила переворот при помощи своеобразного воскрешения феодально-правовых идей, при помощи судебных парламентов. Дело в том, что во Франции целый ряд отдельных провинций вошел в состав королевства на основании особых договоров, которые среди прочих преимуществ обеспечили также за собой право давать или отказывать на особых штатах (собраниях) в согласии на обложение их жителей налогами и право отказывать в повиновении законам, не внесенным в собственные протоколы, ведущиеся в стенах судебных парламентов и палат денежных сборов. На подобную же точку зрения стали и другие провинциальные парламенты, к ним присоединился парижский парламент, в конце концов они слились в общую для всей страны корпорацию, которая дружно и солидарно поддерживала своих сочленов. В борьбе этих парламентов против королевской власти происходит переработка старых

феодальных принципов и отчасти под влиянием английских порядков на место первоначального договора короля и сословий выдвигается все более и более идея обоюдного договора или даже общественного договора, на основании которого и устанавливаются сдерживающие монарха правовые нормы. Характерна здесь теория, развитая в свое время высшим представителем французского правосудия, канцлером д'Агессо. По его мнению, „политика должна облегчать повиновение законам тем, что они издаются с согласия тех, которые должны ими руководиться (т.-е. парламентов). Таким образом абсолютная власть оказывается не только терпимой, но и достойной любви, потому что законы, пройдя через проверку парламентов, приобретут значение разумных и справедливых. Тогда они будут казаться скорее основанными на справедливости, чем изданными по желанию короля. Король связан законами, которые он установил для себя самого и своего народа... Таким образом только парламент может наложить узду на высшую власть, которая принимает во внимание одни только свои интересы, в то время как она создана для общего блага. Поэтому отмена прав парламента приносит государству неизмеримый вред" (М. Ковалевский. „От прямого народоправства к представительному и от патриархальной монархии к парламентаризму". Том II. М. 1906 г., стр. 23, 18, 53—54; Кох. „Очерки по истории политических идей и государственного управления", СПБ., стр. 93, 96—98.)

В Англии парламент, бывший прежде всего судебным установлением, в то же время не только привлек в свой состав представительство тогдашнего общества, но и самого короля и постепенно совместно с ним приобрел не только функцию охранения права, но и законодательства. Во Франции, за отсутствием практики сословного представительства, не только совершенно вышли из употребления генеральные и провинциальные штаты, но вместо них укрепились лишь парламенты, как учреждения судебные. Правда, парижский парламент заключал в своих стенах представителей высших сословий. Но по существу парламенты до конца сохранили исключительно значение правового контроля и оказались отрезанными от обще-политической задачи. Их состав, образованный из „дворянства судейской тоги", владевшего своими должностями на правах наследственной собственности, так как они приобретали их за крупные суммы денег, конечно, не мог считаться представителями населения в полном смысле слова, как это было с различными хотя бы сословными чинами. Роль их поэтому была лишь временной. Несомненно, они сделали свое дело в том смысле, что, подвергая суровой, а подчас злостной критике веления королевского абсолютизма, эти авторитетные представители

буржуазии сильно расшатывали устои королевской власти. И когда, в конце царствования Людовика XV (в 1771-м году), канцлеру Де-Мопу удалось упразднить старые парламенты и заменить их королевскими судами, то подобный результат был совершенно естественен, а общество далеко не было так потрясено этим событием, как впоследствии другими, гораздо более мелкими, актами королевского произвола.

Для нас эта борьба имеет некоторое особенное значение как раз потому, что здесь чрезвычайно резко противополагаются две идеологические формы организации общества — с одной стороны, власти, а с другой — права. Это противоположение было бы немыслимо, если бы буржуазия, в значительной степени создавшая королевский абсолютизм, не повернула свой политический фронт против него и не дозрела бы до сознания необходимости своего собственного владычества. Глубокие хозяйственные причины, которые принудили ее к такому повороту, в достаточной степени известны, и лишнее было бы их повторять здесь. Недаром самое ожесточенное сопротивление судебных парламентов встретило королевские декреты, которые устанавливали новые налоги и вводили различные весьма рискованные операции, в роде финансовых операций господина Ло. Для нас интересно здесь другое: благодаря такому сочетанию условий действительно мы встречаем резкое обнажение двух принципов власти и права. Первая выступает со своими притязаниями на единоличное и неограниченное законодательство, становящееся правом только потому, что оно опирается на принуждение и силу. Второе исходит из двустороннего договорного соглашения, которое не может быть изменено без согласия обеих сторон. Первая руководится соображениями государственного интереса, так или иначе понимаемого. Второе стоит на почве того объективного порядка, который регулирует существующие отношения справедливости, равенства, или „справедливого же“ неравенства. Первая стремится так или иначе итти вперед в руководстве живой деятельностью громадного коллектива. Второе, будучи связано общим правом и выросшими на его основе правоотношениями, стремится к сохранению существующего порядка, пока формально не обнаружена правомочная воля к его изменению. Совершенно ясно из сказанного, что делать революцию буржуазия могла менее всего при помощи судебных решений. И когда дело дошло до переворота, то он был произведен силами политическими, а не правовыми. (Кох. „Очерки“, стр. 101—117, 149, 177, 183—192, 194—198.)

Когда мы затем переходим к эпохе европейского конституционализма, мы видим, что он для обоснования правового верховенства закона, обращается к тому самому кругу

идей, при помощи какого приверженцы абсолютной власти пробовали придать ей правовое освящение. И это опять таки обращение к теории договоров. Такие договоры встречаем мы в самом различном виде. На крайнем фланге здесь стоят договоры, которые были будто бы заключены между монархом и подданными такого содержания, что последние целиком отказываются от какого бы то ни было вмешательства и контроля над его деятельностью, предоставляя ему абсолютную и ничем не ограниченную власть. Таков договор по теории Гоббса: „Кто подчиняет свою волю воле другого, он переносит на этого другого право своих сил, способностей; когда же и прочие сделают то же самое, вы будете иметь того, которому подчиняется столько сил, так что он сможет при помощи террора утвердить воли отдельных лиц в единстве и согласии". Самая же формула общественного договора такова: „Я уступаю этому человеку (или этому собранию) авторитет и право царствовать надо мною с тем условием, чтобы всякий другой свой авторитет и свое право на царствование над собою перенес бы на то же самое лицо". (Гоббс. „О гражданине", XIII, 4, Левиафан, гл. 17, „О гражданине", V, 8. Цитирую по лат. тексту, приведенному в моем „Государство и верующая личность". СПБ, 1905 г., стр. 296.) Как впоследствии ту же теорию изложил для русской практики Феофан Прокопович: „Таковая была к первому монарху воля народная, аще и не словом, но делом изъявленная, согласно вси хощем да ты к общей нашей пользе владееши над нами вечно... мы же единожды воли нашей совлекшеся, никогда же оной впредь, ниже по смерти твоей, употребляти не будем, но как тебе, так и наследникам твоим по тебе повиноватися клятвенным обещанием одолжаемся и наших по нас наследников тамжде долженством обязуем". (Полное собр. зак. Апр. 25 1726 г., 4870.)

Подобный договор совершенно напоминает собой самоотдачу в рабство и холопство и следовательно обнаруживает лишь один раз правовую волю, а затем устанавливает отношения, целиком лишенные правового характера. Закон, издаваемый на основании такого договора, ничем не отличается от распоряжений, которые издает на своей плантации какой-нибудь рабовладелец. Вот почему больший успех, нежели договор абсолютного порабощения, имела другая теория, которая создала фикцию договора условного типа. Согласно подобному учению предполагается, что король не только получил свою власть благодаря свободному избранию, и между королем и народом существует первоначальный договор, но имеется сверх того в качестве условий договора обязательство со стороны монарха соблюдать некоторые основные законы. Подобную теорию находим мы довольно развитой во Франции эпохи борьбы

короля и парламентов, когда выступил со своим учением один из замечательных представителей судейской буржуазии — Монтескье, провозгласивший совершенно в духе современных ему воззрений разницу между монархией и деспотией, которую признавал Гоббс, лишь в нравственном смысле. Во Франции перед революцией в кругах буржуазии также было весьма распространено учение, по которому в стране существуют известные „фундаментальные" или „конституитивные" они же твердые (loix fixes) законы, которым подчиняется также и монарх. „Это те принципы, которые существуют вместе с монархией, так что без них немыслимо существование монархии. Эти законы определяются сущностью самого образа правления... Их корни — в совести короля и всего народа... Это законы, которые поддерживают драгоценное равновесие между властью и справедливостью, а в этом заключается счастье и опора монархии... Такая конституция всегда существовала во Франции... У франков еще до покорения Галлии существовали твердые принципы (безмолвный договор—des conventions tacites). Если подданные обязаны королю повиновением, то король со своей стороны должен повиноваться законам. Конституция Франции и основные принципы ее права вытекают из общественного договора... Договор заключен в предположении, что его условия будут исполняться; если одна сторона нарушает его, то другая является судьей". (Кох. „Очерки", стр. 199—201.)

Подобную же теорию мы встречаем и в Германии, где главнейшим ее представителем является Христиан Вольф. По этой теории „люди, не будучи сами достаточно разумными и сильными, чтоб самим доставить себе все нужное им блаженство, отыскали соответственное лицо и поручили ему попечение над собой и заботу о своем собственном благе. В этом — цель общественного договора. Однако так как они все-таки настолько разумны, что могут сами устраивать кое-как свои частные дела, то они и оставили за собою, — по крайней мере, насколько их частный интерес не приходит в столкновение с общим, — некоторые частные права, „естественные вольности" или даже часть своей первоначальной „свободы". Предполагается, что тот властный опекун, которого они над собой поставили, будет хранить этот договор и без особенной нужды их частных вольностей нарушать не будет. Во всем же, что касается общего блага, ему предоставляется действовать бесконтрольно по его благоусмотрению. Таково содержание договора. Установленная таким образом власть, само собою разумеется, уже не может быть более названа „всем государством" или „всем народом", она не может претендовать на положение вне и над всяким правом, но она зато является в букваль-

ном смысле слова „головою“ организма, где остальные граждане являются членами, и все, что эта „голова“ сочтет необходимым установить в целях общего блага, все это необходимо должно быть исполнено, и если при этом и произойдет некоторое нарушение „естественных вольностей“, то вполне понятно, что такое нарушение в каждом данном случае, во-первых, может быть оправдано требованиями высшего начала „общего блага“, а во-вторых, и самою необходимостью оградить упомянутые вольности от злоупотреблений“. (Мое „Государство и верующая личность“, стр. 298—299.)

Насколько подобная теория являлась удобной для „правовой“ конструкции абсолютной власти, показывает тот факт, что она получила чрезвычайное признание среди правительств просвещенного века: „и если уже в австрийском гражданском кодексе 1767 года мы встречаемся с провозглашением „полной свободы“ подданных в области гражданского права, а прусское земское уложение 1794 г. прямо говорит об „естественной вольности“ граждан, то подобный же принцип мы встречаем и во Франции, когда было объявлено, что „революция закончена“ и „закреплена в тех принципах, в которых была начата“, и даже в России, где Екатерининский Наказ делает „естественную вольность“ „предлогом“ самодержавной власти, а знаменитый кодификатор русского свода не только провозгласил „гражданскую вольность“ необходимой для народного блага, но закрепил ее в IX и I части X тома свода законов и в 47 ст. основных законов“. (Там же, стр. 300.) „Другим и положительно классическим воплощением „умеренной“ теории естественного права и общественного договора являются, несомненно, положения прусского земского уложения; целые отделы этого кодекса посвящены вопросу о правах и обязанностях государства по отношению к подданным, целый ряд статей говорит о правоотношениях, которые связывают суверена, с одной стороны, и подданного, с другой; однако, самый предмет этих правоотношений настолько неопределен, он указан в таких общих выражениях, содержание его настолько неуловимо, что здесь единственно положительный смысл получают выражения закона, которые, во-первых, „все права и обязанности государства по отношению к гражданам и лицам, находящимся под его охраной“, соединяют в единой особе государя, и, во-вторых, дают главе государства право предпринимать все действия и пользоваться всеми средствами, которые ему доставляет неограниченная государственная власть для достижения тех целей, которые ему угодно будет себе поставить“. (Там же, стр. 301—302.)

Правовой характер власть принимает в действительности лишь там, где мы находим несколько самостоятель-

ных и независимых органов государства, при чем для осуществления их деятельности требуется необходимо каждый раз соглашение, если не официальный договор. Подобного рода теория была провозглашена Джоном Локком и Монтескье, отчасти в согласии с практикой английской конституции, где в основе правовой жизни, с одной стороны, лежит соглашение короля с двумя палатами парламента, а с другой, независимая деятельность судов, которые руководствуются не только статутами парламента, но в гораздо большей степени положениями общего права, поскольку они могут быть установлены при помощи обычного права и судебных прецедентов. Как утверждал целый ряд английских публицистов, еще в 1641 году, „в отличие от других государств Англия представляет гармоническое сочетание прерогативы (власти короля) и свободы (власти парламента). Прерогатива королей не настолько безгранична, чтобы сделаться источником угнетения для народа, в то же время она не настолько ничтожна, чтобы парализовать деятельность правителя. Грань между обеими проведена таким образом, что королевская власть бессильна подавить народные вольности, и, наоборот, свобода народа — отнять власть у короля". (Ковалевский. „От прямого народоправства", т. II, стр. 273—274. Ср. также договор между королем и парламентом в Билле о правах 1689 г. II. IV. V.)

И Монтескье и Локк считали необходимым отметить два момента английских государственных порядков. Во-первых, распределение власти между правительством и народным представительством, что создавало некоторый дуализм конституционной монархии, а с другой,—так называемое разделение властей, которое основывалось на противопоставлении друг другу независимых органов законодательства, управления и суда. Неудивительно после этого, что современные исследователи английского права отмечают наличность в Англии „законов в строгом смысле слова, так как писанные или неписанные, утвержденные статутами или выведенные из массы обычаев, традиций и принципов, установленных путем судебной практики и известные под именем общего права,—они пользуются судебной защитой", или, говоря другими словами, наличность таких норм, которые будучи результатом соглашения государственных факторов, в то же самое время входят в общее право страны и пользуются независимой судебной защитой. (Дайси. „Основа государственного права Англии", М. 1905 г., стр. 28.)

Указанную здесь договорную систему, как известно, пробовали провести и в демократии, чтобы таким путем подвести и под нее правовое основание, а ее закон превратить в правовой акт „общественного" или конституционного договора. Здесь пришлось прибегнуть к приро-

жденным правам человека и гражданина и ко всеобщему соглашению индивидуальных воль. Но так как эти понятия связаны с так называемым „естественным правом“, то на этом вопросе мы остановимся по принадлежности в последующем изложении. Здесь же мы резюмируем вкратце некоторые выводы из тех данных, которые мы почерпнули из истории по вопросу об отношении между правом и властью. Как оказалось, во-первых, власть может прекрасно существовать без какой бы то ни было правовой нормировки. Никакой необходимости в непременной связи между правом и властью не существует, и наличие власти менее всего гарантирует нам какую бы то ни было наличность права. Во-вторых, необходимость существования права является лишь там, где имеется борьба между несколькими более или менее самостоятельными обладателями силы или носителями власти, поскольку они путем двухстороннего акта пользуются правовой идеологией равенства и справедливости для организации своих взаимоотношений. В-третьих, государственная власть, заинтересованная в своем правовом оправдании и вместе с тем стремясь к подавлению правовых притязаний со стороны подвластных, прибегает к особому типу нормировки, получающему по примеру религиозных норм характер и наименование „закона“. В-четвертых, закон, таким образом, есть не что иное, как установление тех или иных положений общего права при помощи акта власти с тем, чтобы впоследствии при помощи законодательства укрепить государственную власть над подданными. И в-пятых, лишь там можно говорить, действительно, о правовом законе и господстве права в государственной жизни, где сохраняются известные самостоятельные политические силы или более или менее независимые организации, которые и поддерживают право, как результат их постоянных, явных или безмолвных соглашений. Господство права в государстве, таким образом, предполагает наличие в нем, с одной стороны, социального разделения, а с другой, сохранение за подобными классовыми и политическими группировками известного легального состояния борьбы и возможности правового компромисса.

Здесь мы приближаемся к „высшему“ завершению права, как оно представляется в воззрениях буржуазной юриспруденции. Ибо здесь как раз мы подходим и к наивысшему построению юридических фикций и иллюзий. Преломления и отражения правовой идеологии достигают предела, дальше которого некуда итти. И поскольку такого

рода правовая теория применяется к практике современного классового порядка и классовой борьбы, она дает нам идиллическую картину мирного правопорядка и необычайно культурной гармонии интересов. И если старое феодальное право откровенно именовалось „кулачным“, то новое конституционное право принимает необыкновенно благородный характер. Договорился же ныне один из русских конституционалистов до того, что государство представляется ему в виде некоторого беспристрастного арбитра и организатора правовых состязаний в борьбе классов, где каждый класс — в том числе и пролетариат — выступает чуть ли не при помощи гандикапа на арену борьбы за благосостояние и власть. В этом состязании оказываются установленными методы и формы мирной борьбы, которые каждая сторона строго обязана соблюдать, так что сильнейшему без всякой революции обеспечена мирная победа в соответствии с его хозяйственным весом и культурными завоеваниями. Получается полное подобие судебного поединка или, еще лучше, феодального турнира „за мир, честь и право“. А вся эта процедура имеет своей единственной целью насаждение общего блага. (Магазинер. „Общее государственное право“. Петроград, 1923 г.)

Уже на этом последнем примере мы можем достаточно серьезно ознакомиться с идеологической структурой права, функция которой лежит, с одной стороны, в обострении противоречий, так что может показаться, что право более всего способствует выявлению острых противоречий в социальной борьбе, а с другой стороны, в мирном и призрачном преодолении этих противоречий путем возможно длительного компромисса на основе признания равенства, которое, в свою очередь, вместе со справедливостью оказывается растяжимым на манер хорошего резинового препарата. Но этот препарат отличается и еще одной чертою, которая в той или иной степени свойственна всем идеологиям. Он необычайно легко отрывается от действительности, заменяет ее фикцией и при помощи последней стачивает углы, сглаживает противоположности, примиряет непримиримое, но всегда сияет одним призрачным видением: право обеспечивает независимость и самодеятельность, оно защищает с равным беспристрастием даже самого малого среди малых сих, оно оправдывает всякую, хотя бы самую неправедную и злостно-эксплоататорскую власть тем, что эта власть договорная, в крайнем случае только по происхождению, а в высших завершениях и по способу своего осуществления. Этот же характер сохраняет

право и в виде великого творения буржуазии — права естественного.

VI.

## Право естественное.

„Представление о том, что все люди, как люди, имеют между собой нечто общее и, насколько простирается это общее, равны меж собой, — это представление, разумеется, очень старо. Но от этого представления совершенно отлично современное понятие о равенстве, которое непосредственно соединяется с требованиями равенства социального и политического положения всех людей или, по крайней мере, всех граждан одного государства или всех членов одного общества. Для того, чтобы из первобытного представления об относительном равенстве выработалось новое понятие о равноправии в государстве и обществе и оно стало казаться чем-то естественным, само собою разумеющимся, человечеству потребовались целые тысячелетия. В древнейших, естественно выросших общинах, могла итти речь в лучшем случае о равноправии членов общины, за исключением женщины, рабов и чужестранцев. У греков и римлян неравенство людей играло гораздо большую роль, чем равенство в каком бы то ни было отношении. Мысль о том, чтобы греки и варвары, свободные и рабы, граждане государства и лица, только пользующиеся его покровительством, римские граждане и римские подданные (употребляя последнее слово в широком смысле) могли притязать на равное политическое значение, — должна была казаться древним безумной. Во время Римской империи все эти различия мало-по-малу стерлись, за исключением различия между свободным и рабом; таким образом, по крайней мере для свободных наступило то равенство частных людей, на почве которого развилось римское право, эта совершеннейшая форма, какую мы только знаем, — право, покоящееся на основе частной собственности. Но до тех пор, пока существовала противоположность между свободным и рабом, не могло быть и речи о правах, являющихся следствием общечеловеческого равенства; пример такого положения можно было наблюдать еще недавно в рабовладельческих штатах Сев.-Американского Союза.

Христианство — эта религия рабов и угнетенных—знало только одно равенство для всех людей, именно, равенство унаследованного ими первородного греха. На-ряду с этим оно, в лучшем случае, признавало еще равенство избранных, имевшее, однако, особое значение только в начальном периоде христианства. Следы общности имуществ, которые

можно точно так же отыскать в этом периоде, скорее объясняют, что общность имуществ была необходимостью сплоченной жизни для людей, гонимых законом, чем одним из проявлений высокого понятия о равенстве. Очень скоро, впрочем, установление различия между священником и мирянином положило конец и этому виду христианского равенства. Затем, наводнение Западной Европы германцами затормозило на целые столетия распространение идеи о равенстве, внеся в жизнь господство социальной и политической иерархии столь сложного типа, какого до тех пор еще не знали; но одновременно это событие, втянув в историческое движение Западную и Среднюю Европу, способствовало образованию в ее недрах компактной культурной области из целого ряда национальных государств, взаимно воздействующих друг на друга и взаимно парализующих друг друга. Это подготовило почву, на которой только и мог в последующее время возникнуть и получить дальнейшее развитие вопрос о человеческом равноправии людей, о правах человека.

Феодальное средневековье воспитало в своей среде тот класс, который был призван впоследствии сделаться носителем современного требования равенства, а именно буржуазию. Будучи вначале феодальным сословием, буржуазия преимущественно занята была ремесленной промышленностью и обменом продуктов, доведя их внутри феодального общества до сравнительно высокой ступени совершенства, а затем, в конце XV столетия, великие открытия на море вывели ее на новую, более широкую арену. Внеевропейская торговля, которая до тех пор велась только между Италией и Левантом, распространилась теперь на Америку и Индию, скоро по своим оборотам превысила совокупный итог обмена отдельных европейских стран между собой и внутренний обмен каждой отдельной страны. Американское золото и серебро наводнили Европу и, как разлагающий элемент, проникли во все щели, трещины и поры феодального общества. Ремесленное производство перестало удовлетворять растущему спросу; в главных отраслях промышленности наиболее передовых стран оно было заменено мануфактурой.

Однако за этим громадным прогрессом экономических условий жизни общества последовало далеко не тотчас же соответствующее изменение его политического устройства. Государственный строй остался феодальным, тогда как общество становилось все более и более буржуазным. Торговля на высшей ступени своего развития, т.-е. особенно международная и еще более всемирная торговля, требует свободных и нестесненных в своих движениях товаровладельцев, которые, как таковые, равноправны, так как по необходимости обмениваются между собою на основе рав-

ного для всех их права,—равного, по крайней мере для каждого данного места“ (Энгельс. „Анти-Дюринг“, М. 1922 г., стр. 63—64.)

Отношения равенства и торговли нигде не были выяснены более выпукло, нежели у Маркса в его „Капитале“: „Товары не могут сами отправляться на рынок и обмениваться между собою. Следовательно мы должны обратиться к их хранителям, к товаровладельцам. Товары суть вещи и потому беззащитны перед лицом человека. Если они не идут по своей охоте, он может употребить силу, т.-е. взять их. Чтобы данные вещи могли относиться друг к другу как товары, товаровладельцы должны относиться друг к другу как лица, воля которых господствует в этих вещах; таким образом, один товаровладелец лишь по воле другого, следовательно, каждый из них лишь при посредстве одного общего им обоим волевого акта может присвоить себе чужой товар, отчуждая свой собственный. Следовательно они должны признавать друг в друге частных собственников. Это юридическое отношение, формой которого является договор, — все равно, выражен ли он законно или нет, — есть волевое отношение, в котором отражается экономическое отношение. Содержание этого юридического или волевого отношения дано самим экономическим отношением“... „Прирожденный левеллер (уравнитель) и циник, товар всегда готов обменять, не только душу, но и тело, со всяким другим товаром, хотя бы этот последний был наделен наружностью, еще менее привлекательной, чем Мариторна. Эту отсутствующую у товара способность воспринимать конкретные свойства других товарных тел товаровладелец пополняет своими пятью и даже более чувствами“. (Маркс. „Капитал“. Том I, М. 1920 года, стр. 53 — 54.) Равенство товаров, таким образом, влечет в процессе обмена совершенно необходимое равенство воплощенных в них воль товаровладельца. А равенство, как мы уже видели выше, есть основной момент правовой идеологии, которая именно при помощи сведения к тому или иному равенству и дает специфический облик производственному отношению. Поскольку последняя отражается в нашем мозгу и дает соответственные „идеальные побуждения“ в виде формы равенства, постольку экономическое отношение становится правовым. Так создалось и „первое всемирное право общества, состоящего из товаропроизводителей, т.-е. римское право с его тончайшей разработкой всех существенных правоотношений простых товаровладельцев: купли и продажи, ссуды, долга, договора и прочих обязательств“. (Энгельс. „Людвиг Фейербах“, М. 1922 г., стр. 58.)

Таким образом, для того, чтобы проследить развитие гражданского права, мы должны прежде всего установить общее развитие торговли. Мы здесь специально не оста-

навливаемся на происхождении собственности. Новейшие теории в этом отношении мало что могут прибавить к очерку Энгельса „О происхождении семьи, собственности и государства". И будем ли мы стоять на той точке зрения, что первыми предметами личной аппроприации еще во время коммунистического быта были одежда и оружие, или мы положим в основу непосредственно трудовой принцип, для нас важно здесь не начало собственности, совершенно исчезавшей в всеобъемлющей сфере коммунистического производства и потребления, но нам важна частная собственность на землю и орудия производства, как она создалась в результате определенных хозяйственных форм. А с этой стороны она родилась как результат разложения старого рода, а затем земельной общины, появления неравенства среди ее членов, концентрации и централизации богатств в руках немногочисленного класса в такт с ростом и расширением торговли. История обмена есть в известной степени история частной собственности. В характеристике этого процесса мы ограничимся несколькими строками из Энгельса для того, чтобы перейти уже дальше к выяснению самого права собственности.

„На низшей ступени люди производили только непосредственно для собственного потребления; происходивший тут и там обмен носил случайный характер, касался только случайно остававшихся излишков. На средней ступени варварства мы находим у пастушеских народов в виде скота уже такое имущество, которое, при известной величине стад, регулярно доставляет некоторый излишек над собственным потреблением; мы застаем при этом разделения труда между пастушескими народами и отсталыми племенами без стад, а вместе с тем, две различные, стоящие одна рядом с другой, ступени производства приносят нам дальнейшее разделение труда между земледелием и ремеслом, а вместе с ним, производство все большей части продуктов труда непосредственно для обмена, превращение обмена между отдельными производителями в жизненную необходимость для общества. Цивилизация упрочивает и усиливает все эти возникшие до нее виды разделения труда, в особенности обострением противоречия между городом и деревней (при чем город может экономически господствовать над деревней, как это было в древности, или же деревня—над городом, как это было в средние века); она присоединяет к этому третье, свойственное ей, весьма важное разделение труда: она создает класс, который занимается уже не производством, а только обменом продуктов — создает купцов. Все происходившие до сих пор проявления образования классов сосредоточивались еще исключительно в сфере производства; они разделяли занятых в производстве людей на руководителей и исполнителей, или же на производителей

в более крупных и более незначительных размерах. Здесь впервые появляется класс, который, не принимая никакого участия в производстве, захватывает в общем и целом руководство производством и экономически подчиняет себе производителей, который делается неустранимым посредником между каждыми двумя производителями, эксплоатируя при этом их обоих. Под предлогом избавления производителей от труда и риска, связанных с обменом, расширения сбыта их продуктов вплоть до отдаленных рынков, чтобы, таким образом, явиться самым полезным классом населения, образуется класс паразитов, класс настоящих общественных захребетников, который в виде вознаграждения за свои в действительности незначительные услуги снимает сливки как с отечественного, так и с иностранного производства, быстро приобретает громадные богатства и соответствующее им общественное влияние и именно поэтому захватывает в период цивилизации все более почетное положение и все более подчиняет себе производство, пока, наконец, сам не порождает свой собственный продукт — периодические торговые кризисы". (Энгельс. „Происхождение семьи, собственности и государства". М. 1922, стр. 109—110.)

Историки права совершенно определенно указывают на неразрывную связь между гражданским оборотом и правом собственности. Для примера мы остановимся на понятии собственности в истории римского права, этого, „первого всемирного права общества, состоящего из товаропроизводителей" (Энгельс). Как свидетельствует Муромцев, „возникновение гражданского оборота сплетается преимущественно с началом частной собственности". Однако процесс выделения частной собственности совершается весьма постепенно. Еще „собственность XII таблиц далеко не была тем полным, неограниченным обладанием, которым была позднейшая римская собственность, выработкою которого прославилось римское право". Начало развитию этого процесса положили международные ярмарки, шедшие об руку с международными сборищами и празднествами. Это был, таким образом, оборот с латинянами, с жителями Этрурии, области Вольсиний и страною сабинян. До издания XII таблиц, гражданский оборот исчерпывался куплей-продажей в форме манципации и займом — в форме кабальной сделки — нексум, при чем далеко не все вещи сразу делались предметом гражданского оборота. К предметам, доступным обороту раньше всего стали причисляться продукты природы (поземельные участки, рабы, рабочий скот и различные права на пользование соседними участками для прохода, проезда и т. д.). Предметы, сделанные рукой человека, только впоследствии вошли в разряд „res mancipi", т.-е. доступных обороту. Для этих последних вещей выработался новый способ их

передачи, цессия, который, в отличие от торжественной манципации, был лишен контроля общинно-родового союза. Вслед за тем и самое взыскание приобрело индивидуальный характер и стало обращаться непосредственно на имущество должника. Наконец, в последние века республики право частной собственности достигло полного развития опять-таки под влиянием „живого торгового оборота". (Муромцев. „Гражданское право древнего Рима", стр. 48, 50, 53—55, 61, 615, 493.)

Именно этот торговый оборот „привел к окончательному торжеству начало личного обладания; распадение старого общественного строя открыло в свободных классах общества широкий путь для развития нравственного индивидуализма... Территориальное расширение общества, его наполнение разнообразными иностранными элементами, усложнение всех условий и отношений жизни вело к широкому разнообразию отдельных положений. Индивидуализм жизни вызвал соответствующий индивидуализм в гражданском обороте и гражданском правосудии". (Там же, стр. 493.) Этот индивидуализм, рожденный на рынке, совершенно естественно привел и к тому, что преторский суд во всех решениях, которые он произносит по поводу исков, сводит различные обязательственные действия со стороны ответчика к обязанности вознаградить истца денежною суммою, которая представляла бы эквивалент искомого: „Во всех формулах, которые имеют кондемнацию (присуждение), говорит Гай, она предписывает денежную оценку. Итак, если мы отыскиваем в суде какую-либо вещь, например, землю, человека, одежду, золото, серебро, судья присуждает ответчика не к выдаче самой вещи, — как это бывало прежде, — но, сделав оценку спорной вещи, присуждает его к денежной уплате. Такая индивидуализация цены достигает еще большей тонкости, благодаря передаче производства от претора к судье посреднику, который должен был судить согласно обстоятельствам дела, и так образовалась „свободная власть судьи ценить по справедливости", не стесняясь объективной или рыночной ценою вещи. По мере того, как развивалась и утончалась „совесть" гражданского оборота... все большее и большее число обстоятельств становилось в суде совести предметом юридической регламентации и в зависимости от того расширялись и усложнялись взаимные обязанности сторон. „Раздвигая таким образом пределы своего разбирательства, судья по совести лишь отвлекался на призыв самого оборота, отчасти внося в суд то, что помимо него, вырабатывалось в жизни, отчасти становясь во главе стремлений, жизнью, может быть, едва намеченных". (Там же, стр. 494—495, 502, 504, 507—508.)

Развитие торговли ведет за собой индивидуализм, индивидуализм в свою очередь приводит к чрезвычайному

развитию суда „по совести“ и торжеству уже знакомой нам по предыдущему изложению „справедливости“. Так „постепенное внесение двухстороннего характера в разбирательство по совести, т.-е. поставление требований каждой из сторон во взаимную зависимость от требований другой, противоположной стороны, и в связи с тем преобразование этого разбирательства в посредническое, — все это составляло отдельные стороны одного и того же исторического процесса — развития мерила „особой“ доброй совести. У юристов классической эпохи bona fides (добрая совесть) составила синоним справедливости (aequitas), справедливость же разумелась в самом широком значении. Справедливость требовала толкования актов по их смыслу; она требовала также возмещения каждого неправомерного ущерба; она уполномочивала судью на разрешение каждого спора по совести и по внутреннему убеждению“. (Там же.) Само собой разумеется, что то же развитие торговли привело не только к отмене прежних торжественных и весьма стеснительных способов заключения сделок, но породило чрезвычайную гибкость соглашения, как двусторонние сделки, а „область сделок и особенно договоров обогатилась новыми формами“. (Там же, стр. 519.) Самый договор также получил новый характер: „в нем стали признавать не тожество двух выражений воли, но тожество двух воль... Где не было свободного желания заключать договор, там вовсе не было никакого договора“. (Там же, стр. 609—610.) В результате необычайно широкое понимание правомочий собственника. И если нельзя исчерпать их целиком определением, что право собственности есть неограниченное и полное юридическое господство лица над вещью, то во всяком случае оно было менее ограничено, чем какое-либо другое право, основная же тенденция стремилась сделать его господством, возможно более неограниченным и полным. Как говорили римские юристы: „кто пользуется своим правом, тот не обвиняется в злоумышлении, в нанесении вреда другому, в насилии“ или иначе „согласно с самою природою, право дозволяет покупщику заботиться о том, чтобы купить подешевле то, что стоит дорого, и продавцу — продать подороже то, что стоит дешево, и таким образом прижимать друг друга; также и в найме“. (Там же, стр. 623—624.)

Простое противопоставление этих положений и древнего права, основанного на коммунистическом производстве и распределении, показывает нам, какой головокружительный переход должна была сделать юридическая нормировка для того, чтобы перейти от полной неотчуждаемости общего родового, племенного или общинного владения к необузданному дроблению средств производства и потребления между ничем не ограниченными отдельными лицами, которые

обладают правом частной собственности, т.-е. „предоставленной правовым порядком... властью“, которое есть вместе с тем „абсолютное право“, „т.-е. обосновывающие его императивы обращаются ко всем без исключения лицам с требованием не нарушать его“, а содержание права состоит в том, что „собственнику, как таковому, принадлежит власть распоряжаться вещью, как ему заблагорассудится“, а именно „он может пользоваться вещью, использовать ее до конца, уничтожить, бросить на произвол судьбы и т. д.“. (Карнер. „Социальные функции права“. М. 1923 г., стр. 23.) Римское право с необычайной яркостью рисует этот исторический процесс, не только послуживший созданию законченного права собственности, но и ставший своего рода образцом, к которому впоследствии обращались как к магически притягивающему шаблону все страны новой капиталистической культуры, начиная с Италии и кончая Германией. И с самого начала этот процесс отличается оригинальными чертами, которые специально присущи его хозяйственной основе и с роковым постоянством обнаруживаются всякий раз, как только он возникает в какой-нибудь стране. Мы здесь говорим об особом виде присущей торговому обороту „справедливости“.

Уже с того времени, когда впервые римляне под давлением торгового оборота принуждены были в нарушение строгих начал квиритского права признать юридические сделки лишенных правоспособности иностранцев, мы видим, как постепенно нащупывается почва к отысканию нового принципа, который дал бы правовую форму возникшим деловым отношениям. Так и родилось право народов (jus gentium), составившееся из тех правовых положений права римского и права иностранцев, которые были абсолютно необходимы для оформления торговли. Такое право народов, благодаря влиянию греческой философии, а в частности стоицизма, скоро получило высшую надстройку в виде закона естества или природы, который придает закономерность определенным отношениям. Так получается естественное право, которое в последующей истории получило чрезвычайное развитие. В Риме оно совершенно определенно обнаруживает источники своего происхождения. Поскольку дело здесь шло о заимствовании греческой философии, то, конечно, вполне правильным было обращение Рима к ее теориям в тот момент, когда Рим в конце республики выступил на широкую арену мирового торгового оборота. Не надо забывать, что и греческая философия и в том числе стоицизм получили развитие как раз благодаря такому же процессу в результате широкого распространения эллинского и македонского влияния, которое закончилось образованием всемирной монархии Александра

Великого с ее различными наследниками в Европе, Азии и Африке. Понятия, которые в греческой философии покрывали выход на мировую арену с ее универсализмом и гуманизмом, вполне были у места в тот момент римской истории, когда и здесь зашла речь о переработке старых „цивильных“ понятий и создании такого правового мировоззрения, которое, не считаясь с местными и государственными ограничениями, могло бы охватить и всех новых участников всемирного рынка и все те отношения, которые родились под влиянием такого крупного экономического фактора как мировой оборот. Вот почему мы находим настойчивое обращение к праву народов, к естественной справедливости и естественному праву, — понятия, которые менее всего скрывают за собой какой-то метафизический источник правового творчества.

Как правильно отмечает Муромцев, все новые институты так называемого естественного права в Риме „составляют произведение известных умственных и социальных условий, наступивших в Риме в последние три века республики, и до того времени не были известны юриспруденции“. „Удержание старых отживших форм, продолжавшееся в римской юридической системе чересчур долгое время, дало юриспруденции повод сравнения с ними форм новых. Сравнение естественно должно было вести к тому, что пригодность новых учреждений очерчивалась наиболее резким образом на отжившем фоне, отталкивавшем от себя все симпатии юриста. Субъективному отношению был придан объективный характер, и естественному разуму приписали произведение новых учреждений. Естественное обозначало собою близкое к потребностям времени—новое в противоположность к отжившему старому, отнесенному на счет гражданского разума... Сведение нового права на естественный разум удовлетворяло, кроме того, потребности определить источник авторитета нового права, стоявшего вне области авторитетов, открыто признанных за источники права“. Однако и здесь римские юристы работали прежде всего „индуктивным путем“. Они в каждом отдельном случае приспособлялись к потребностям гражданского быта и оценивали найденный для них юридический порядок. И лишь когда „главная часть реформы была уже завершена“, только тогда мог потребоваться общий принцип для теоретического оправдания всего сделанного. Естественный разум и естественная справедливость послужили средством к такому оправданию. (Мэн. „Древнее право“, стр. 40 и сл. Муромцев. „Очерки общей теории гражданского права“, часть 1-я, М. 1877 г., стр. 287—292, 304, 266, 274, 282.)

Мэн, посвящая свое внимание новейшей истории естественного права, указывает на тот любопытный факт, что

впоследствии не раз состоялось обращение к естественному праву при аналогичных условиях. Так, когда французские юристы под влиянием растущего гражданского оборота, связанного с возникновением буржуазии, обратились к способам и средствам для того, чтобы преодолеть пестроту положения старого французского права, они точно так же были принуждены обратиться к естественному разуму и естественному праву. Но мы уже отметили выше разделение старой Франции на страну писанного права и страну права обычного. Мы уже указали тогда, что даже там, где, как в стране писанного права, господствовали положения римского права, это был отнюдь не Юстиниановский кодекс, а весьма приспособленная и извращенная мешанина из положений римского права, которая отчасти была систематизирована в кодексе Феодосия. Такое римское право весьма мало в чем уступало старым кутюмам, рожденным еще из феодальных обычаев и древних „варварских правд". И вот, как свидетельствует указанный писатель, когда понадобилось бороться против старого права, юристы новой практики, так называемые легисты, стали „восторженными поклониками естественного права. Для естественного права не существовало никаких провинциальных и муниципальных границ, и никаких различий между дворянином и буржуа, между буржуа и крестьянином... Естественное право сделалось, так сказать, ходячим французским правом, или во всяком случае признание его значения и притязаний было единственным учением, которое одинаково одобрялось всеми французскими юристами". (Мэн. „Древнее право", стр. 65—66.)

Как известно, впоследствии мы встречаем совершенно исключительное развитие естественного права, которое буквально по часам и минутам сопровождает собою процесс перехода старой Европы на пути нового развития, связанного с рождением капитала и его последующим победоносным шествием. Мы не станем здесь специально останавливаться на крупных именах, благодаря которым естественное право получило и высокое философское завершение и, что, может быть, еще важнее, было перенесено в область политических отношений и там легло в основу новой конструкции конституционного и демократического государства. Для нас важно сейчас проследить самые источники и основные определяющие черты естественного права, как оно родилось непосредственно из торгового оборота, нам надо нащупать его „индуктивные" основания и после этого нам уже не трудно будет перейти к его высшим завершениям в виде философской надстройки идеальных систем „естественного состояния" или законодательных постановлений, фиксирующих естественного человека и его право во всевозможных декларациях и кодексах.

Естественный человек публичного права совершенно не понятен, если мы первоначально не остановимся на естественном человеке гражданского или частного права. Ибо впервые он появляется как раз в области частного, а не специально торгового оборота.

Как, мы уже не раз могли заметить, право начинается прежде всего там, где мы находим нарушение равенства и стремление к его восстановлению. Это стремление выражается в борьбе за право, которое таким образом выступает в своей первичной и основной форме, а именно в виде права субъективного. Тут именно рождается так называемый субъект права, который ощущает определенное нарушение своих интересов и стремится защитить их при помощи своеобразного юридического акта, коего сущность состоит в восстановлении нарушенного равенства путем ли фактического восстановления его или эквивалентного возмещения. И если мы говорим о рождении естественного права или вообще цивильного права на рынке, то мы должны убедиться, что и здесь происходит, во-первых, борьба, а во-вторых, что здесь не только происходит нарушение равенства, но и влечет за собой ряд актов, имеющих характер непосредственного применения силы или установления того или другого отношения господства, и таких действий, которые непосредственно несут на себе форму воплощения права, т.-е. построены путем нахождения того или иного эквивалента и именно таким способом приходят к некоторому двустороннему соглашению, а вместе с тем известному компромиссу—миру, хотя бы подавляющий перевес в данном случае был на одной стороне, а все тягости на другой. Важно установление такого компромисса как идеологически „справедливого“, а следовательно и восстанавливающего то или иное „равенство“.

Если мы теперь обратимся к торговле, как к источнику того естественного права, которое впоследствии получило твердую форму гражданского частного или цивильного, то мы найдем здесь все элементы для правообразования налицо. Не надо забывать, что купец, особенно в своем древнейшем воплощении был в то же время пират, разбойник и грабитель. Можно сказать, что и здесь повторяется общий исторический факт, что в своем первом и наивном проявлении известные фигуры в состоянии обнаруживать необычайно ярко и откровенно свою подлинную сущность. Так и здесь. Прежде всего такой купец приобретал свою собственность путем непосредственного вооруженного захвата. Он охотился за рабами, нападал на беззащитных соседей, уводил наиболее драгоценное имущество в виде скота, захватывал драгоценные металлы и проделывал все то, что впоследствии было так художественно изображено Марксом

в его „первоначальном накоплении“ относительно капиталистической эпохи. Если же где-нибудь такой рыцарь торговли вступал в обмен, то лишь там, где он встречал более или менее равносильных или по крайней мере защищенных противников, владеющих к тому же такими товарами, которые могли при сбыте доставить колоссальные барыши. Эти товары в редком случае были непосредственным произведением самостоятельных производителей, но в подавляющей части результатом грабежа, рабского труда, поборов, дани, барщины, повинностей и оброка, при помощи коих тот или иной крупный господин отчуждал прибавочный продукт своих рабов, крепостных, клиентов, кабальных и т. п. Только в таких случаях мы встречаемся с торговлей, при чем уже в этом первичном акте приобретения товара она получает свой основной характер отчаянной, хотя бы и мирной борьбы.

Ибо при такой торговле один употребляет все усилия и все приемы для того, чтобы купить дешевле, а другой, чтобы продать дороже. Каждая из сторон стремится захватить в свою пользу возможно большую часть прибавочного продукта. К несчастию для купца он в данном случае не может ни украсть, ни открыто ограбить собственника товара. Так или иначе он должен войти в соглашение с собственником. Основой соглашения является „цена“, т.-е. известное установление равенства одного товара и другого, являющегося в данном случае эквивалентом первого. Это равенство устанавливается, конечно, на основе спроса и предложения, при полном торжестве „товарного фетишизма“. Между хищниками идет борьба за долю прибавочного продукта. Так как, с одной стороны, учитывается риск транспорта (при всеобщем состоянии войны) и вооруженная сила покупателя, а с другой—богатство и сила продавца. Борьба за „цену“ есть поэтому в известной степени и борьба между продавцом и покупателем как общественными силами. При установлении более или менее постоянных торговых путей и районов приобретения товаров играет роль и конкуренция между купцами. В результате борьба между собственниками заканчивается сделкой между сторонами, которая колеблющееся равенство между продавцом и покупатем устанавливает в виде цены, определяющей равенство данных вещей (товара) найденному эквиваленту. Подобная же борьба между сторонами происходит и в том случае, когда к обмену обращаются или два купца, или купец и потребитель. Во всех подобных случаях воля сторон направлена целиком к возможному извлечению выгоды из сделки, при чем эта выгода тем больше, чем слабее оказывается противная сторона, и только объективные обстоятельства препятствуют прямому акту грабежа и насилия. Но во всяком случае

в результате устанавливается компромисс, который и выражается в „цене“, как найденном воплощении уравнения в товаре взаимной силы покупателя и продавца.

Спрашивается теперь, как должна выразиться торговая сделка в правовой идеологии? Прежде всего, она выдвигает в качестве действующего лица совершенно новую фигуру. Это — стоящий вне местного права и местных отношений чужой человек. Он явился на рынок откуда-то из дальних стран, при чем все свои связи и отношения — родовые, семейные, хозяйственные, сословные, государственные он оставил у себя на родине, а здесь он—только, представитель одного интереса, получения прибыли от продажи товаров, имеющих единственную цель—быть проданными. По существу этот купец—творение безымянное и анонимное. Обернулся со своим товаром и уехал. Его свойства, как работника, хозяина, мудреца или героя остаются совершенно позади той маски, которую единственно знают другие участники рыночной войны, все повернутые одной и той же стороною на одно лицо. Все они безликие, или вернее, представляющие одну голую корысть. И все они вместе с тем отличаются некоторыми необходимыми чертами: они одинаково следуют только своим личным расчетам, одинаково отчуждены друг от друга и противопоставлены друг другу. Одинаково стремятся удержать то, что добыто ими в бою с их конкурентами и соперниками. Другими словами, перед нами здесь появляется впервые индивид, или человеческий атом, который, правда, именуется личностью, или лицом, но по существу никаким ни лицом, ни личностью не обладает, кроме одинаковых для всех шаблонных свойств торговой маски. Вполне понятно, что когда возник вопрос о том, как назвать это безликое лицо, общего индивида, то единственно в мире природы можно было найти такое существо, лишенное всякой культуры, только из отвлеченных естественных свойств человека можно было объяснить его цели и стремления, стоящие вне рамок организованного общества. И этот торговый индивид получил в своем идеологическом правовом крещении наименование естественного человека, отвлеченного, всегда себе равного и одинакового субъекта прав.

Вместе с тем, не надо забывать, что для обнаружения этих естественных свойств нужны были некоторые предпосылки, которые и слились в конце концов с естественным индивидом. Ибо, во-первых, этот индивид является не только в качестве товаровладельца, но носителя одной определенной функции владения — приобретения и отчуждения, которые предполагают абсолютное право распоряжения вещью. И в этом пункте разительное противоречие с той связан-

ностью владения, которая вытекала из старинного хозяйственного уклада. Ибо меньше всего участник родовой или сельской общины, владелец феода или цеховой производитель обладали правом полного владения вещью, свободного ее приобретения или отчуждения. Но само собой, что купец, явившийся на рынок с неизвестным путем добытым товаром, оказывался совершенно вне тех рамок нормированного производства и ограниченного сбыта, которые лежали на произведениях местных ремесленников и земледельцев. Поэтому, наш естественный индивид есть вместе с тем абсолютный господин и распорядитель того добра, которое он привез с собою для торговли, т.-е. специально для обмена, или, говоря юридически, для купли - продажи. Откуда у него такое право? Вряд ли он мог указать какие-нибудь обычные титулы происхождения его товаров. Попросту говоря, они были награблены или выменены на весьма выгодных условиях. Здесь выступают на первый план вопросы силы. И эта сила оказывается естественной принадлежностью того, кто сумел сделать из нее выгодное употребление. Естественный человек обладает и естественным правом, которое становится вне обычных прав, приобретенных в составе того или иного хозяйственного коллектива. В громадном большинстве случаев свою собственность торговец нес на конце своего меча. *Отсюда прирожденное право собственности, добытое естественным человеком в столь же естественной борьбе.*

Но за первым свойством следует второе. Естественный человек, выступающий на рынке, меньше всего может подлежать тем ограничениям и сдержкам, которые наложены внутри города на условия местного производства и обмена. Он никоим образом не может подчиняться требованиям „справедливой“ цены, так как его издержки совершенно не могут быть учтены при помощи приемов и мерки ремесленного производства и местного оборота. И если он свободно боролся за получение товаров, то он согласен обменять эти товары на рынке только под условием такой же свободной конкуренции. Ничто не может стеснять его, кроме *объективного закона цен*, противостоящего купцу в качестве не человеческого установления, а *естественного произведения самой природы. Порядок природы родился на рынке.* Но этот порядок вместе с тем есть порядок *разумный и справедливый*, ибо он устанавливает равновесие товаров при помощи строгого учета спроса и предложения, с одной стороны, и конкуренции, с другой. Абсолютный собственник, таким образом, свое естественное право приобретения и отчуждения осуществляет, повинуясь лишь одному закону — велению самой природы, а это значит, что, кроме собственности ему в такой мере при-

рождено и другое право, право свободы, осуществляемое согласно требованиям природы. Право собственности как абсолютной власти над вещью дополняется правом свободы, при помощи которой ведется борьба за наиболее выгодный обмен этой самой вещи.

Равенство естественных индивидов дополнено их абсолютной властью над вещами. Для борьбы за обмен этих вещей им дана столь же неограниченная свобода. Теперь мы можем перейти к тому последнему акту, который, наконец, получается в результате борьбы. Один был принужден в этой борьбе сильно поплатиться. Он очень дорого купил и очень дешево продал. Другой, наоборот — удивительно выиграл: он чрезвычайно дешево купил и с изумительным успехом втридорога отдал то, что самому ему почти ничего не стоило. Другим пришлось менее поплатиться в ту или другую сторону — и одни приблизительно оправдали свои расходы, а другие кое-что „заработали“ на цене, „естественно“ сложившейся на основании данной конъюнктуры. Как и всегда бывает при борьбе, сильные завоевали на рынке большую добычу, слабые оказались еще более ослабленными. Как на всякой войне здесь есть свои победители и побежденные, палачи и жертвы. Казалось бы, такое положение ничем не лучше всякой другой борьбы, где сила открыто выступает со своими притязаниями господства и тирании, а слабость подчиняется жалкому уделу порабощения. По существу как будто разницы нет с тем самым кулачным правом, с которым мы уже познакомились выше и где всегда прав сильнейший, ибо кулак есть основание для пропорциональной справедливости. Чем же отличается естественное право рынка от грубого и откровенного владычества бронированного кулака? На это нам отвечает Маркс: в первом случае мы имеем „республику“, а во втором деспотию. И это совершенно справедливо. Идеологически тут совершается удивительнейший подмен, а правовая идеология торжествует одно из высших своих достижений. Ибо неравенство при помощи права, разума и природы, словно в руках искусного волшебника, превращается в самое настоящее равенство...

И в самом деле, проследим это волшебное превращение. Прежде всего, вопрос о лицах. Участники рыночной борьбы на самом деле, конечно, не только не равны, но, наоборот, часто поражают своим глубоким социальным неравенством. И чем дальше, тем больше это неравенство увеличивается. В конце концов на рынке появляется и такой интересный естественный индивид как бывший нищий, ставший силою судеб полноправным и абсолютным собственником своего „движимого имущества“, которое по своим свойствам можно разве приравнять живому инвентарю, тесно связанному с самим хозяином. Эта движимость заключается

в руках, ногах, спине, голове, а выражаясь вульгарно, в той „шкуре“, которую бедняк тащит на себе от своего рождения и приносит в качестве товара, деликатно именуемого впоследствии „рабочею силой“ или „рабочим временем“. На другом конце этой лестницы стоит капиталист, который проделывает историческую эволюцию от простого хищника к культурному предпринимателю, но как нищий, так и богач оказываются равными на рынке, так как одинаково являются сюда в одной специфической роли свободного товаровладельца, который лишь актом своей собственной воли может приобретать и отчуждать принадлежащие ему „вещи“. И тот и другой равны далее и потому, что одинаково подчиняются общему для них закону рынка и естественно слагающимся ценам, а следовательно выигрывают или проигрывают не по своему произволу, а в силу объективной необходимости. И если от полной действительной личности каждого отщепляется „равный и свободный естественный индивид“, то точно так же на равных началах идет здесь борьба, и нищий так же как богач обладает полной возможностью, в случае удачной конъюнктуры, сорвать при благоприятных условиях рулетку торгашей и в качестве обладателя монопольного товара получить доступ в святая святых крупнейших состояний.

Вот почему жертвы рынка легко мирятся со своими потерями. Они меньше всего сознают, что это определенный класс крупных собственников при помощи торговой машины вытянул у них не только прибавочную продукцию, но и значительную часть заработной платы. Они утешают себя тем, что в этой борьбе они дрались на равных началах. Что на рынке им была обеспечена „республика“. Что потерпели они в результате действия равного и обязательного для всех естественного закона, что, наконец, самое ограбление произошло не в формах грубого насилия, а на основании взаимного и свободного договора, где по правильном учете всех обстоятельств побежденная сторона, признав непреложный ход конъюнктуры, приняла единственно возможные при данных условиях обязательства и во всяком случае отстояла тот минимум выгод и благ, которые можно было только вырвать в силу „честной“ борьбы естественных людей между собою. Самое же главное утешение заключается в том, что все, что ни происходило на рынке, все это совершалось при помощи строжайших весов и меры. Каждый товар неизменно оценивался по своей „естественной“ цене и вознаграждался по строгой „справедливости“ — не больше и не меньше, чем он того стоит. За все, что отдавалось, был получен равноценный эквивалент. Никто здесь не благодетельствовал и не грабил. Все получалось по праву, согласно стоимости, и за все получалось надлежащее вознаграждение. И если про-

изошел в конце концов неравный раздел и распределение, то и это случилось в строгом соответствии с количеством тех товаров, которые каждый доставил на рынок. Торговые весы здесь принимают почти характер весов Фемиды. Дважды два-четыре ложится в основу правового отношения. Хозяйственный интерес непосредственно превращается в правовое равенство. А право, охватывавшее доселе род, общину, сословие или цех, ныне затягивает в свой железный корпус сфабрикованную из живого человека естественную личность.

Естественное право буржуазии есть ее гражданское или частное (цивильное) право, — право торгового оборота. Ибо оно и обосновывает и исчерпывает все существенные составные элементы системы гражданского права. Возьмем последнюю в формулировке одного из лучших современных юристов—Леона Дюги. Вот как он ее излагает: в состав „основных частей системы гражданского права“ входят — во-первых, „индивидуальная свобода“, она предполагает „автономию индивидуальной воли“, т.-е. „право юридически желать, право мочь создавать юридическое состояние посредством волеизъявления и при известных условиях“. Во-вторых, „принцип неприкосновенности права собственности, понимаемого как абсолютное право владеть, пользоваться и распоряжаться вещью... Индивидуальная собственность, понимаемая как право, есть основной элемент всей системы гражданского права, и можно было бы сказать не без основания, что кодекс Наполеона был кодексом собственности“. В-третьих, „договор“. В системе гражданского права это основной юридический акт. Принципиально, во взаимоотношениях двух лиц, если нет какого-либо формального исключения, предусмотренного законом, юридическое состояние возникает лишь из договора... Новое юридическое состояние... включает в себе изменение в юридической сфере двух лиц, одно изменение, расширяющее права активного субъекта, другое изменение, сокращающее права пассивного субъекта. В-четвертых, наконец, „принцип индивидуальной ответственности за вину“, который состоит в том, что „всякий акт, совершенный одним лицом без наличия у него права и причинивший ущерб для другого лица, влечет за собою обязанность виновника такового возместить нанесенный ущерб“. (Л. Дюги, „Общие преобразования гражданского права со времени кодекса Наполеона“, М. 1919 г., стр. 23—24.) Не менее совпадает с материальным содержанием естественного права и определение собственности, как мы уже его дали выше, согласно учению Карнера („Социальные функции права“, стр. 23.)

Из сказанного ясно, что победное шествие естественного права, которое сплошь и рядом превращалось затем

в самое настоящее гражданское право, объясняется прежде всего успехом торгового оборота и ростом торгового капитала. Однако в некоторых отношениях развитие естественного права и, что то же самое, гражданского права буржуазии требует специального объяснения. И притом одинаково в странах как воспринявших это право в виде права римского, этого произведения „естественного разума“, так и в странах, где последовали более или менее самостоятельные образования. Не надо забывать, что помимо Франции, где римское право послужило идеологическим обоснованием для успехов французской буржуазии и созданного ею абсолютного режима, римское право было реципировано в Германии, где центральный имперский суд (рейхскамергерихт) судил по римскому праву, начиная со времени своего учреждения в 1465 году. Римское право, в виде права естественного было воспринято и в Англии, где, правда, оно не было воспринято официально, но просочилось в „общее право“ при помощи различных комментаторов и посредством канонического права. С другой же стороны, если мы обратимся к изучению естественного права, как оно родилось в Европе, мы увидим, что оно по существу воскрешало положение римского права, как права гражданского и служило основой для широкого преобразования всех почти правовых отношений. Сравнения такого поля действия естественного права с нуждами европейской торговли показывает нам, что естественное право оказалось способным охватить целый ряд отношений, не предвиденных его создателями и далеко выходящих за пределы узких нужд торгового оборота.

Как мы знаем из истории хозяйственного развития Европы, торговый капитал пережил на исходе средних веков крупное преобразование. Из хищнического и отчасти ростовщического он перешел на положение капитала промышленного, то-есть капитала в современном смысле этого слова. Промышленный капитал, вообще говоря, есть явление, совершенно неизвестное ни древнему Востоку, ни античной древности, ни средним векам. Ибо впервые при товарно-капиталистическом производстве создаются отношения, основанные на получении прибавочной стоимости. Это радикально меняет всю форму хозяйственных отношений Европы и, казалось, не могло остаться без влияния на правовую надстройку. И вот тут-то мы встречаемся с фактом, привлекающим к себе напряженное внимание юриста: старое гражданское — оно же естественное — оно же право торгового оборота, оказывается совершенно неизменным и вполне пригодным для того, чтобы охватить своими отношениями целый ряд совершенно новых явлений в хозяйственной жизни. Такая устойчивость раз установленных правоотношений и соответственных норм многим внушила даже мысль о каком-то

вечном и неизменном характере права, о его самостоятельном существовании, способном властвовать над жизнью наподобие религиозного закона. Однако подобное воззрение является весьма ошибочным. На праве лишь здесь сказалась та черта, которую мы можем неоднократно наблюдать в истории. Многие идеологические построения оказываются или достаточно гибкими, или неопределенными для того, чтобы быть в состоянии поглотить новое содержание в старые формы. Право меняется, но оно выражается в раз уже установленных терминах. Жизнь идет вперед, а право стоит до тех пор, пока не разбиваются самые основы его властвования. Созданное рынком естественное право оказалось настолько отвечающим миросозерцанию буржуазии, что его век совпал почти целиком с веком буржуазного хозяйства.

Естественно-гражданское право буржуазии — мы должны отдать ему справедливость — оказалось способным к большему, чем простое выражение новых нужд обмена. Оно оказалось способным покрыть своим универсальным плащем и новые производственные отношения, а в частности отношения классовые. И в этом „может быть" его величайшая заслуга с точки зрения классового господства нового капитала. Ибо мы присутствуем при зрелище, воистину грандиозном. Крепостная зависимость и феодальная верность сменяются свободным договором труда. Открытый и резкий абрис сословного общества с его грубой противоположностью властвующего и подвластного гаснет и сменяется свободным общением равных между собою людей. Грубый закон кулачного права уступает место разуму и природе в человеческих отношениях, а справедливость устанавливается на началах не только первоначального равенства, но и общественного договора, добровольно заключенного участниками и вместе создателями государства. Закон налагается не чуждою рукою извне, а самим человеком, как автономным законодателем. И что же?— Все эти чудеса произведены при помощи довольно незначительной переработки все тех же самых правовых положений, с которыми мы достаточно ознакомились еще на примере римского права, созданного, как известно, еще в эпоху рабовладения и всенародного грабежа. И тот самый рынок средневековья, который дал возможность выйти на арену новым видам „первоначального накопления", сумел передать эту универсальную форму человеческих отношений, которая затем в свои рамки заключила и свободного рабочего, и свободного арендатора, и свободного предпринимателя, и даже новые формы финансового капитала с его свободными в мировом масштабе королями банка. Как это могло случиться?

В естественном праве „простого обращения“ мы воистину находим сокровищницу, откуда почерпала буржуазия все свои последующие идеи. Как правильно заметил Маркс: „Сфера обращения или обмена товаров, в рамках которой осуществляется купля и продажа рабочей силы, есть истинный эдем прирожденных прав человека. Здесь господствуют только свобода, равенство, собственность и Бентам. Свобода! Ибо покупатель и продавец товара, например рабочей силы, подчиняются лишь велениям своей свободной воли. Они вступают в договор как свободные, юридически равноправные лица. Договор есть тот конечный результат, в котором их воли находят свое общее юридическое выражение. Равенство! Ибо они относятся друг к другу лишь как товаровладельцы и обменивают эквивалент на эквивалент. Собственность. Ибо каждый из них располагает лишь тем, что ему принадлежит. Бентам! Ибо каждый заботится лишь о себе самом. Единственная сила, связывающая их вместе, это стремление каждого к своей собственной выгоде, своекорыстие, личный интерес. Но именно потому, что каждый заботится только о себе и никто не заботится о другом, все они в силу предустановленной гармонии вещей или под руководством всехитрейшего провидения осуществляют лишь свою взаимную выгоду, свою общую пользу, свой общий интерес.....

Прощаясь с этой сферой простого обращения, или товарного обмена, из которой фритредер vulgaris черпает все свои взгляды, понятия, масштаб всех своих суждений об обществе капитала и наемного труда, — расставаясь с этой сферой, мы замечаем, что начинают несколько изменяться физиономии наших personae dramatis („действующих лиц“). Бывший владелец денег шествует впереди как капиталист, владелец рабочей силы следует за ним как его рабочий; один многозначительно посмеивается и горит желанием приступить к делу, другой бредет понуро, упирается как человек, который продал на рынке свою собственную шкуру и потому не видит в будущем никакой перспективы, кроме одной: что эту шкуру будут дубить. (Маркс. „Капитал“. Том I, стр. 152.)

Для того, чтобы отчетливо представить себе те изменения, которые испытывает гражданское право под влиянием товарно-капиталистического производства, мы должны остановиться на тех отдельных видах договора, которые заключаются капиталистом как с носителем трудовой силы, так и другими участниками товарно-капиталистического оборота. Мы сказали „изменения гражданского права“. Но по существу таких изменений формально не происходит. Наоборот, здесь именно замечательно то, что форма остается прежняя, тогда как частноправовые отношения простого торгового

оборота частных же товаровладельцев незаметно переползают здесь в чрезвычайно широкую сферу социальной власти и подчинения и регулируют отношения, которые менее всего могут быть названы частными. Уже первый пункт гражданского права, предполагающий наличность свободных договаривающихся сторон, оставляя всю свою юридическую значимость, фактически подвергается громадному изменению. Ибо та колоссальная экспроприация, которая сопровождает собой процесс „первоначального накопления“ в капиталистическом обществе, выбрасывает миллионы людей на улицу в качестве обезземеленных, бездомных бедняков, неимеющих ни кола, ни двора, вынужденных непреодолимой силой голода итти на рынок и там предлагать на продажу свою единственную „движимость“, т.-е. пресловутое „рабочее время“, а попросту говоря самих себя в качестве живой рабочей силы, состоящей столько же в мускулах и связках, сколько в нервах и мозгу. А так как эти безнаследные находятся под давлением все растущей армии безработных — запасной армии труда — то покуда они не организованы (а они не организованы окончательно и до сих пор), они подвергаются необходимости итти на самые убийственные условия труда, предлагаемые им предпринимателем. И если здесь приходится говорить о „свободе“ рабочего, то разве в том смысле, как говорит об этом Маркс: „Рабочий являясь свободным человеком, должен располагать своей рабочей силой как своим собственным товаром, а с другой стороны — у него не должно быть других товаров для продажи, он должен быть свободным от всего, свободным от всяких предметов, необходимых для осуществления его рабочей силы“. (Карнер, „Социальные функции права“, стр. 30—33.)

Наименьшее изменение содержания права происходит и в том пункте права собственности, где мы говорим о власти над вещью. Такая власть представляется неограниченной и поэтому называется очень часто „деспотической“. Обозначение не совсем правильное, ибо по существу никакой „власти“ над вещью не имеется, но собственник применяет по отношению к ней те или иные меры технического воздействия по принципам физики, химии, механики и т. п. Можно, пожалуй, говорить о власти над животными. Но и она по существу исчерпывается мерами зоотехники, а в лучшем случае зоопсихологии. Так что власти в истинном смысле слова и здесь не имеется. Что же касается власти собственника над человеком, то мы в достаточной степени ознакомились с нею при рассмотрении рабства. Свободный договор капиталистического общества, конечно, менее всего может иметь чего-нибудь общего с такими „противоестественными вещами“, какие однако благополучно существовали в просвещенной Америке еще в XIX веке, вплоть до

знаменитой войны Севера с Югом. Рабочий „свободно“ отдает свое рабочее время в обмен на заработную плату в распоряжение предпринимателя. Капиталист властвует лишь над средствами производства и над полученным в его результате продуктом, который и поступает на рынок в виде товара. Как будто, все чисто и благородно и никакого превращения господства над вещью в господство над человеком не наблюдается. Как нам теперь хорошо известно, на деле происходит именно такое превращение. И не только капиталист для эксплоатации рабочего пользуется всеми силами трудового рынка, но он отчуждает в свою пользу известную часть рабочего времени, а следовательно и созданного рабочим продукта совершенно бесплатно, и таким образом в виде прибавочной стоимости имеет совершенно такой же доход, какой имел рабовладелец от своего собственного раба. Это самая настоящая форма деспотического властвования одного класса над другим, при чем класс собственников капиталистов ежедневно и ежеминутно экспроприирует у класса рабочих их живую силу и этим путем обеспечивает себе то, что на рынке принимает форму капиталистической прибыли. Без такого получения прибавочной стоимости при условиях капиталистического хозяйства не работает ни один капиталист, а следовательно через вещь собственник стал господином „свободного и естественного человека“.

Но и этим господство собственника над предпринимательским капиталом не ограничивается. Только благодаря и при помощи собственности капиталист становится господином и властителем производства, имеющего совершенно неоспоримый общественный характер. „Управление капиталиста есть не только особая функция, вытекающая из природы общественного процесса труда и входящая в состав этого последнего; она есть в то же время функция эксплоатации этого общественного процесса труда и как таковая обусловлена неизбежным антагонизмом между эксплоататором и объектом его эксплоатации. Кооперация наемных рабочих есть простой результат деятельности капитала, эксплоатирующих этих рабочих одновременно. Связь их функций и их единство, как производительного тела, лежит вне самих рабочих, в капитале, который их сводит воедино и держит вместе. Поэтому связь их индивидуальных работ противостоит им идеально, как план, практически, как авторитет капиталиста, как власть чужой воли, подчиняющей их деятельность своей цели“. Как правильно замечает по поводу этих положений Маркса Иосиф Карнер: „Субъект собственности как таковой юридически связан только с вещью, он повелевает только вещью: приказывая юридически собственной вещи, он фактически повелевает людьми, наемными рабочими. Индивидуальный собственник ставит другим инди-

видам цели, подчиняет их себе и наблюдает за выполнением своих приказов". То же говорит и Маркс: „Капиталист не потому является капиталистом, что управляет промышленным предприятием, — наоборот, он становится руководителем промышленности именно потому, что он капиталист". (Карнер. Там же, стр. 38—39.)

Вторжение капиталиста как частного собственника в чисто общественную область все растет и растет. Его личная воля распоряжается тем капиталом, который вырос в результате общественного производства и который имеет значение лишь как средство этого производства. Но власть капиталиста остается попрежнему деспотической и, говоря юридически, он попрежнему может все. Он может использовать по назначению имеющееся сырье, но с таким же правом он может его сгноить, забросить, истребить и на всю его стоимость уменьшить народное богатство. Точно так же он может использовать свою землю, постройки, машины, но в такой же мере частное право и священная собственность дают ему возможность все это запустить, лишить необходимого ремонта, изъять из общего производственного процесса, и таким образом опять-таки парализовать громадную часть производственного капитала. Он может в такой же мере, пользуясь условиями труда, при отсутствии общественного надзора, ежегодно убивать известное число рабочих на своих машинах, лишенных надлежащих предохранительных приспособлений, погребать их живыми в своих шахтах, подвергать всевозможным взрывам и потоплениям, благодаря слишком экономной постановке дела, и опять-таки делать это совершенно безнаказанно, хотя каждый рабочий это есть индивидуальная производительная сила, принадлежащая прежде всего обществу. При помощи варварских условий труда, а иногда и в силу условий самого производства капиталист не в меньшей степени имеет право подвергать их профессиональным болезням и обезображению. И подавно во имя торжества физического труда он может довести их мозг до состояния полного отупения и слабоумия, сдобренного едино спасающим алкоголем. Одной из заслуг Маркса и Энгельса является как раз то, что они в огненных строках выразили те преступления, которые стихийно творились капиталистами над телом и мозгом рабочего, его женой, матерью и детьми во имя сокращения издержек производства и получения возможно большей прибыли. Мы не говорим здесь уже о локаутах, которые равнозначны для масс ужасам голода, неуступающим порой нашим бедствиям неурожая.

Естественный человек оправдал себя впрочем не только в области классовых отношений капиталиста и рабочего. Его свободная воля, одетая броней собственности, продолжает и в рамках капиталистического общества свою старую

работу на рынке. Только здесь она выступает уже в новом виде. Он не только вторгается в отношения между ремесленным производителем и заказчиком и эксплоатирует их обоих, но становится промышленным, не переходя на фабрику и при помощи купли-продажи эксплоатирует домашнее производство. Так рядом с фабричным порядком труда и рабочей иерархией появляется домашний и кустарный порядок труда и новая иерархия, которая благодаря условиям производства допускает не только безграничную эксплоатацию, но и форменную приостановку в деле развития этого рода производства. Собственник здесь выступает прямо в антиобщественной роли и в этом смысле опять-таки, оставаясь частным лицом, совершает тяжелое преступление против общества. Кредитная функция капитала, которая раньше выражалась исключительно в операциях хищнического и ростовщического характера, не прекращает и при новых порядках своей работы. Но только безмерно расширяется ее круг, и совершенно исчезает призрак общественного контроля. Земельная собственность, освобожденная от прежних отношений господства и подчинения, становится при капиталистических условиях вещью, которая не в меньшей степени, чем кредит и договор найма, служит к усилению социальной мощи собственника. Зависимость квартиронанимателя от домохозяина, арендатора и фермера от землевладельца, ипотечного должника от земельного кредитора нисколько не меньше, чем зависимость должника от кредитора, поскольку первый не является в свою очередь собственником промышленного капитала. Капитал промышленный, торгово-товарный, денежно-торговый, процентный или поземельный обладает различными функциями, но одинаково исполняют одну свою основную роль. При помощи собственности на вещи он становится средством экспроприиации общества в пользу собственников капиталистов...

Как правильно замечает Карнер: „Путем... типичной связи со смежными институтами: собственность — договор личного найма, собственность — договор купли, собственность — заем, собственность — аренда и т. д., одна и та же вещь поступает отчасти в фактическое, отчасти в правовое владение целого ряда индивидуумов; вещь, юридически состоящая в частном обладании, фактически становится общей, общественной вещью, к которой имеют доступ большее или меньшее количество людей технически, и все общество через посредство рынка — экономически. Простая вещь становится социально многозначащей, становится носительницей различных социальных отношений, зеркальным шаром, в котором отражается окружающий мир людской; волшебной губкой, которая впитывает пот и слезы и выжимает золотые

капли... Титул на получение прибавочной стоимости есть общая капиталистическая функция объекта собственности. Поскольку завершено капиталистическое развитие — собственность представляет собой капитал всегда и при всех обстоятельствах". Это становится особенно ясным при накоплении и объединении капиталов, при наличности их ассоциации и централизации. В этих случаях „субъект собственности сохраняет в своих руках титул на прибавочную стоимость, освобожденный от всякой вещественной тяжести, т.-е. облигацию, акцию и т. д". (Карнер. Там же, стр. 75—76, 84—85.)

Таковы успехи правовой идеи буржуазии, выработанной ею на рынке простого торгового обмена. Она оказалась способной скрыть под многоразличнейшей сетью взаимных частных отношений, под правовой связью отдельных личностей, „свободных" и „равных" между собою, грандиозные здания классового господства буржуазного капитала с его подавляющей мощью и аппаратом эксплоатации. В руках буржуазии собственность превратилась из первоначальной власти над вещью, в целях ее обмена, во всеобъемлющую социальную функцию распределения прибавочной стоимости, при чем основной ее поток целиком уходит в распоряжение господствующего класса. Так дело обстоит в области того, что называется частным правом и гражданскими правоотношениями. Как мы видим, здесь успехи в полном смысле слова блестящи. Но естественный человек буржуазии не мог ограничиться только областью частного права. Там, где не помогала непосредственно экономика, необходимо было использовать и применить уже принцип не права, но власти. И такая необходимость обнаруживается в самом центральном, можно сказать, основном исходном пункте. Ведь ясно вполне, что частное господство над вещью, поглотившее в конце концов весь процесс общественного производства, могло держаться лишь при том условии, что никакие силы не попробуют низвергнуть стены, защищающие собственность и противопоставляющие волю собственников вещей, столь же естественным волям собственников одной своей человеческой „шкуры".

Как мы уже знаем, права на вещи не существует совершенно, не существует совершенно так же, как власти над вещью. Ибо отношения наши к вещам, т.-е. предметам материального мира могут принадлежать только к тому же самому материальному миру, и следовательно входить в область отношений, определяемых законами природы, но отнюдь не естественного или какого-либо иного права. Если же говорится о праве деспотического господства над вещью, то это обозначает не больше не меньше, как обязанность всех и каждого, но не вещей, а людей, терпеть и не вме-

шиваться, и не противодействовать против того использования вещей, которого придерживается тот или иной собственник. Право собственности на вещь с этой точки зрения есть право на исключение ее из распоряжения или использования всех других людей, собственностью на данную вещь не обладающих. Только и всего. Как и всякое право это есть право человеческое между людьми. Здесь возникает только один вопрос. Представляется совершенно невероятным и социально загадочным, что люди, нуждающиеся в определеннных средствах производства, могут спокойно терпеть их уничтожение или такое корыстное использование, которое совершается во вред всем остальным. Первобытное право в этом отношении было весьма строго, и участок земли из общинной собственности, находящийся в пользовании определенного лица, обязательно отбирался обратно и передавался другому лицу, раз только пользователь оставлял эту землю без обработки в течение известного числа лет. В отличие от такого пользователя собственник, как мы видели выше, может уничтожать хлеб среди голодных, разрушать жилища среди бездомных, забрасывать землю без обработки среди безземельных. Казалось бы, в этих случаях совершенно естественна известная реакция, в виде хотя бы насильственного отобрания у собственника ненужной, казалось бы, ему собственности. Классовая борьба, порожденная антагонизмом между имущими и не имущими не раз на протяжении истории дает попытки такого исправления права собственности. Уступки, которые сделаны в новейшее время под давлением рабочего движения, такого же характера.

Вполне понятно после этого, что без защиты, при помощи государственной власти, собственность существовать не может. А раз это так, то и само государство должно быть государством классовым, которое бы выдвинуло на первый план господство собственников, а в капиталистическом обществе капиталистов. Очевидно здесь имеется запрос как раз к наиболее упругой части государственного механизма, к его инструменту подавления. Эта функция, в средневековом обществе удачно воплощена в символе броненосного кулака. Таким образом, явилась необходимость дополнить „свободу“ и „равенство“ еще новым элементом, а именно несвободой и неравенством, или другими словами, вооруженным принуждением и деспотией власти. Получилось глубокое противоречие, которое тем более немыслимо, что никак невозможно определить границу между естественным или цивильным и неестественным или государственным человеком с другой стороны. Это было исторически невозможно еще и потому, что ведь торговый

оборот со своим естественным правом был как раз революцией, восстанием против феодализма с его неравенством и деспотией, крепостничеством и кулачным правом. Казалось, задача примирения таких друг друга отрицающих вещей, как свобода и тирания, была неразрешима. Но история с ее идеологическим творчеством нашла выход там, где его не нашел бы величайший мудрец. Естественный человек был превосходнейшим образом импортирован в область публичного права и государственных отношений. Он явился туда равный, свободный, со всем ореолом естественного состояния, естественного разума, не менее естественных страстей и еще более естественных прирожденных прав. И в этом обширном каталоге его неотчуждаемых прав на первом месте оказалось право собственности, подлежащее защите того государства, которое он затем основал сам при помощи общественного договора.

И если, с одной стороны, мы читаем в статье 544-й кодекса Наполеона, этого совершеннейшего воплощения чистого гражданского права, что „собственность есть право, на основании которого вещь совершенно подчинена воле и действию личности“, то в статье 2-й декларации прав человека и гражданина 1789-го года мы находим: „Цель всякого политического общества есть охрана естественных и неотчуждаемых прав человека. Эти права суть свобода, собственность, безопасность и противление гнету“. И это положение дополняется статьей 17-й, где сказано: „Так как право собственности ненарушимо и священно, то никто не может быть лишен своей собственности, за исключением тех случаев, когда общественная польза, законным порядком удостоверенная, очевидно требует этого, и не иначе, как под условием предварительной уплаты справедливого вознаграждения“, что вполне отвечает американским биллям о правах, где говорится: „от природы все люди одинаково свободны и независимы и обладают некоторыми неотъемлемыми правами, от которых они не могут отречься, вступая в общество и которых они не могут лишить свое потомство: именно, право на жизнь и свободу, включая возможность приобретать собственность и владеть ею, а также стремиться к достижению счастья и безопасности и пользоваться ими“. — Конституция Виргинии. (Еллинек. „Декларация прав человека и гражданина“. М. 1905 г., стр. 10.) И совершенно в том же духе и направлении постановляют различные континентальные конституции в своих декларациях прав: „Никто не может быть лишен своей собственности иначе, как в виду общественной пользы, в случаях и способом, установленным законом, и при условии справедливого и предварительно вознаграждения, — гласит Бельгийская конституция 1831 года в ст. II, и то же повторяет прусский основной закон 1850 года“: Собствен-

ность неприкосновенна. Полная или частичная экспроприация может применяться только в интересах общественного блага под условием предварительной уплаты, в экстренных же случаях, по крайней мере, предварительного исчисления вознаграждения". (Ст. 9-я".)

Однако не надо думать, что такие провозглашения остались уделом одних только конституционных и демократическим государств. Как показывает история законодательства просвещенного абсолютизма и там сумели не только использовать положение естественного права, но и оградить собственность достаточно твердыми положениями как гражданского, так и государственного права. В таких кодексах, как Баварский Максимилиановский кодекс 1756 года. Иозефинианский гражданский кодекс Австрии 1767 г. и прусское земское право 1794 года, мы находим достаточное количество высокопарных определений естественного права, так же как созданные под влиянием римского права норм, устанавливающих частную собственность. Недаром впоследствии русский кодификатор Сперанский, рассматривая образы правления, специально выделил монархию в отличие от тирании, как образ правления, где граждане обладают твердыми гражданскими или частными правами. И если мы остановимся только на прусском земском праве, этой искаженной переработке римского права в целях его приспособления к нуждам отсталого, мелко-буржуазного общества, то и тут мы найдем достаточное количество естественно-правовых положений, определяющих деятельность государства. „Цель гражданского союза, говорится здесь, и общая цель законов есть благо государства вообще и его обитателей в частности"; „законы и постановления государства могут ограничивать естественную свободу и права граждан лишь постольку, поскольку этого требует общая конечная цель государства". Общие права людей основываются на естественной „свободе искать и устраивать свое собственное благополучие без повреждения прав другого". „Каждый житель государства имеет право требовать от него защиты своей личности и имущества". („Общее земское право". Том I, Введение, §§ 77, 79, 83, 90; ср. мое „Государство и верующая личность", стр. 285—286.)

Право собственности как естественное право, прирожденное человеку, имеет громадную литературу. Это право было обосновано при помощи лучших голов капиталистического мира. В особенности крупное значение приобрело оно в системе философа Джона Локка, одного из пророков „достославной английской революции". По его учению, человеку уже в естественном состоянии принадлежит собственность, которая имеет свое начало в труде. Однако до основания государства человек не имеет достаточного аппа-

рата для ее защиты. Лишь с учреждением государства создается суд, способный охранить собственность, и это составляет одну из основных целей самого основания государства. Нечего говорить, что подобное воззрение, принятое практикой величайших государств Европы и Америки, привело действительно к государственной защите собственника, а в нем и классовой власти капиталистов над рабочею массою. А так как само государство в эпоху естественного права предполагалось основанным на договоре естественного человека, то и вполне логичным было, что человек, заключивший для обеспечения естественных прав, а в том числе собственности, общественный договор, вместе с тем возложил на государство непреложную обязанность защиты собственности, а с нею вместе и того классового господства, о котором мы упомянули сейчас. Теоретически круг оказался завершенным в последовательной и стройной системе, а практически государства новейшей культуры создали в своем организме ряд особых учреждений, которые вызваны главным образом этой основною задачей государственной деятельности, т.-е. охраны собственности.

Мы здесь не останавливаемся специально на государственном устройстве представительного конституционного, демократического, а вместе с тем правового государства. Но мы должны здесь отметить, что для защиты собственности оно сделало необычайно много, и даже пошло на большие уступки в целях обеспечения этой правовой функции. Ибо, если где-нибудь неограниченный, всемогущий и самодержавный суверенитет современного государства подвергся ограничению, и эти ограничения захватили собой даже власть европейского абсолютизма, то это именно в сфере организации суда, который в своем гражданском процессе разрешал споры между собственниками всех возможных категорий и толковал здесь незыблемое право по старым римским образцам, а в своей уголовной деятельности при помощи палача, виселицы и тюрем, защищал ее от возможных правонарушений. Наиболее самовластные монархи европейского абсолютизма не осмеливались наложить свою руку на собственность и защищающий ее суд и таким образом терпели при общем равенстве бесправия некоторую автономную область, где неприкосновенно властвовал старый естественный человек с его гражданским правом. И если это было даже только актом фактической уступки со стороны власти, то тем не менее здесь были все корни правовой регламентации и правовой организации абсолютной монархии вообще. Когда абсолютизм сменялся открытым властвованием буржуазии через ее парламенты и конституции, то правовая система собственности получила еще более пышный расцвет. В странах англо-саксонской культуры суд занял вообще верховное место

и положил начало подлинному разделению властей. В других государствах судебная власть во всяком случае получила такой характер независимости и правовой мощи, что она вполне достойно является величайшей опорой буржуазного права и его главнейшей основы — частной собственности.

Естественное право торгового обмена достигло своего высшего развития. Оно стало в полном смысле слова классовым правом буржуазии и воплотилось в ее государство. Если оно может быть уничтожено, то лишь в таком случае, если падет создавший его общественный класс.

## VII.

## Пролетарское право.

Пролетариат не сразу создал свое право. „Пока известный способ производства находится в восходящей стадии своего развития, до тех пор ему воздают хвалу даже те, кто остается от него в накладе". Лишь в тех случаях, когда „данный способ производства уже в значительной степени пройдет нисходящую стадию своего развития... только тогда становящееся все более неравномерным распределение начинает казаться несправедливым, только тогда начинают от отжившей деятельности апеллировать к так называемой вечной справедливости". Так рождается „призыв к морали и праву", и вполне естественно, что пролетариат, рожденный капиталистическим способом производства и производственными отношениями буржуазного общества, обратился к „справедливости" по поводу „все более неравномерного распределения" не ранее, чем буржуазный строй проявил в достаточной мере свои отрицательные стороны. (Энгельс. „Анти-Дюринг", стр. 97.) „История регулирования рабочего дня в некоторых отраслях производства и еще продолжающаяся борьба за это регулирование в других наглядно доказывают, что изолированный рабочий, рабочий как „свободный" продавец своей рабочей силы, на известной ступени созревания капиталистического производства не в состоянии оказать какое бы то ни было сопротивление". Но на определенной ступени развития товарно-капиталистического производства „установление нормального рабочего дня является продуктом продолжительной, более или менее скрытой гражданской войны между классом капиталистов и рабочим классом" (К. Маркс. „Капитал". Том I, стр. 283.) Эта борьба за „Великую Хартию (основные права) ограниченного законом рабочего дня". Она по достоинству становится „на место пышного каталога неотчуждаемых прав человека". (Там же,

стр. 287.) Везде, где хоть временно побеждали рабочие, они стремились осуществить эту свою великую „хартию“, как основное требование права и справедливости со стороны рабочего класса, даже в условиях буржуазного общества.

Но тут возникает вопрос, который ставят некоторые марксистские исследователи права. Они полагают, что мы здесь имеем дело отнюдь не с рождением пролетарского права, а что в виде так называемых законов о труде или социального законодательства перед нами налицо не пролетарское, а буржуазное право, т.-е. право, защищающее исключительно интерес господствующего класса при помощи государственного принуждения. Подобная постановка вопроса представляется в высшей степени удивительной. Она сводит все решение проблемы не к источнику тех или иных классовых требований, а исключительно к тому формальному моменту, который завершает правовой спор известным компромиссом нескольких классовых интересов, при чем само собой вычеркивается до поры слабейший, а принимаются во внимание почти исключительно правовые требования победившей в этом споре классовой группы, в данном случае буржуазии. Подобным же образом можно разрешить вопрос, конечно, и относительно хотя бы крестьянского права после освобождения крестьян, когда, как у нас в России, это освобождение совпало вместе с тем с невыгодностью для большинства помещичьих хозяйств барщинной системы и вообще крепостного труда. И здесь можно сказать, что мы совершенно не имеем дела с крестьянским правом, но только с правом помещичьим, которое-де и воплощено в интересах господствующего помещичьего класса в отмеченном нами крестьянском праве.

Вряд ли кто мог бы отрицать, что борьба рабочих за улучшение условий труда, так же как борьба крестьян за освобождение от крепостной зависимости, кончаются победой капиталистов в одном случае и земледельцев в другом, так что в окончательном „компромиссе“ (слово Маркса, которым он обозначает результат борьбы между фабрикантами и рабочими перед изданием дополнительного фабричного закона 5-го августа 1850 года. Ср. „Капитал“, Том I, стр. 276) получает колоссальное преобладание интерес и вместе с ним правовые требования господствующего класса. В „Капитале“ Маркса приводятся разительные примеры чудовищной эксплоатации победителями побежденного класса иногда на фоне весьма либерально звучащих юридических актов. В качестве образца Маркс приводит „органический статут“, введенный в качестве кодекса барщинных работ генералом Киселевым в 1831 году в дунайских княжествах Молдавии и Валахии. В указанном статуте в результате умелого толкования и беспомощности крестьянской массы четырнадцать

рабочих дней в году были превращены в пятьдесят шесть рабочих дней ежегодно, так что отношение барщинного труда к необходимому труду составляет шестьдесят шесть и $^{2}/_{3}$%. (Маркс, там же, стр. 216.) Наше положение о крестьянах, вышедших из крепостной зависимости, конечно, не менее защищало интересы помещиков, чем рабочие законы середины XIX века защищали английских капиталистов. Но это нисколько не меняет того обстоятельства, что английские рабочие, так же как и рабочие других стран, вели ожесточенную борьбу за получение хотя бы минимальных уступок со стороны капиталиста, так же как русские крестьяне, до освобождения крестьян, ежегодно подымали кровавые бунты, которые по свидетельству историков охватывали иногда до четырнадцати губерний и требовали для своего усмирения настоящих регулярных армий. И борьба эта велась как рабочими, так и крестьянами во имя тех самых правовых требований, которые получали свое частичное воплощение в окончательном „компромиссе".

Уступка со стороны властвующих классов до сих пор всегда определялась субъективно двумя обстоятельствами. С одной стороны, силой восставших масс и грозным характером их движения, а с другой—известной выгодностью уступок для спасения всего остального, которая однако сознавалась менее всего большинством господствующего класса. Характерно, что, несмотря на выгодность известных уступок рабочим, в странах промышленной культуры понадобилась продолжительная и ожесточенная борьба для того, чтобы добиться ограничения рабочего времени и улучшения условий труда, так же как у нас в России лишь незначительное меньшинство помещиков стояло на точке зрения выгодности эманципации для помещичьего хозяйства. Таким образом, без требований со стороны восставшей массы, подкрепленных силою оружия или угрозой забастовок, вряд ли можно было бы ожидать и того объема завоеванных прав, который в конце концов был брошен побежденным, и той готовности итти на компромисс, которую мы встречаем на самом деле. Не надо забывать вместе с тем, что история борьбы рабочего класса за свою „Великую Хартию" дает нам совершенно точное соответствие между повышением революционной энергии и объемом получаемых уступок и наоборот. Эти уступки менее всего имеют характер каких-то даров милосердия или даже просто технических мероприятий со стороны класса капиталистов, будто бы отчетливо сознающих все выгоды рабочего законодательства и широкого признания требований рабочей массы. Недаром, рисуя судьбы труда в капиталистическом мире, Маркс ни единой минуты не забывает повторять о том, что рабочее законодательство было результатом прежде всего борьбы самого рабочего

класса. Ибо „как только рабочий класс, оглушенный грохотом производства, до некоторой степени пришел в себя, он начал оказывать сопротивление и прежде всего на родине крупной промышленности — Англии“. Чартистское движение сопровождалось крупными волнениями, которые также пошли на пользу рабочим. Если применяются законы о рабочем дне, то только вследствие „упорного и ежедневно возобновляющегося сопротивления“, вплоть до открытых выступлений и „грозных митингов“. „Английские фабричные рабочие были передовыми борцами не только английского, но и всего современного рабочего класса“. (Там же, стр. 261, 275—276, 282—284.)

И только борьба рабочего класса привела в других странах к формулировке тех требований, которые впоследствии легли в основу рабочего права. В Америке „первым плодом гражданской войны была агитация за восьми-часовой рабочий день, перешагнувшая семимильными шагами локомотива от Атлантического океана до Тихого, от Новой Англии до Калифорнии“. На рабочем конгрессе в Балтиморе было провозглашено: „Первым и великим требованием современности является требование освобождения труда этой страны от капиталистического рабства посредством издания закона, который признал бы восьмичасовой день нормальным рабочим днем во всех Штатах Американского Союза. Мы решились напрячь все наши силы для борьбы за достижение этого славного результата“. Одновременно... „конгресс интернациональной ассоциации рабочих“ в Женеве, согласно предложению Лондонского Генерального Совета, предложил: „Мы объявляем ограничения рабочего дня предварительно условием, без которого все другие стремления эманципации неизбежно потерпят крушение... Мы предлагаем признать восемь часов труда законным пределом рабочего дня“. (Там же, стр. 285—286.) Медленнее всего шло дело во Франции, где великая революция ознаменовала свое отношение к пролетариату при помощи строгого запрета всяких рабочих союзов и соединений под предлогом нарушения в противном случае священной свободы человека, так что лишь в 1848 году, впервые, во Франции под давлением революционных рабочих были добыты уступки, которые открыли возможность рабочего законодательства.

Мы не будем здесь останавливаться на истории рабочего класса и его борьбы, которая в настоящее время достаточно известна и научно разработана. Мы во всяком случае гарантируем одно — рабочие выступали всегда с требованиями от своего имени, но отнюдь не от имени капиталистов, которым эти уступки могли быть в конце концов небезвыгодны. Рабочие всегда формулировали свои требования, как требования своего класса, но отнюдь не как требова-

ния улучшенной техники труда, которая должна была повысить для фабриканта прибавочную стоимость. Они всегда выступали со своими правовыми требованиями, как класс, несущий свою собственную „справедливость“, т.-е. свои собственные запросы на участие в получении продуктов труда. Если они принуждены бывали делать известные уступки в своих максимальных требованиях, то опять-таки это делалось не в силу договора о взаимной выгоде между рабочими и предпринимателями, но на основании тяжелой необходимости и превозмогающей силы, которая заставляла рабочих „сбавлять“ с поставленного ими запроса и проводить порою минимум того, что они требовали. Но от этого уцелевшие их требования не переставали быть требованиями рабочего класса и не превращались в проявление интереса капиталистов. При малейшей возможности они опять возвращались к своим первоначальным запросам и при помощи борьбы добивались их осуществления. Каждый компромисс их с капиталистами был поэтому мирным договором двух борющихся сторон, совершенно по типу того, который заключается между двумя враждующими противниками. Требования „Великой Хартии“ были всегда, следовательно, требованиями пролетарского класса и воплощали его интересы. Поскольку они входили в компромисс, они оставались выражением пролетарского интереса и менее всего принимали форму интереса капиталистов.

Но может быть эти требования не были правовыми, а сама борьба, заканчиваясь актом государственного законодательства, не включала в текст рабочего закона пролетарского права, именно как такового? Ответ на это нам представляется совершенно бесспорным. Поскольку речь здесь шла о „справедливости“, „равноправии“ и „равенстве“, требования рабочего класса носили целиком правовой характер. Спор происходит в области равенства и неравенства, а мы знаем, что „всякое право“ есть „по своему содержанию право неравенства“. (Маркс. „Критика Готской программы“. Цитирую по сборнику „Исторический материализм“. М. 1924 г., стр. 254.) Но иначе оно и не могло быть, так как рабочие массы в капиталистическом обществе не только стоят целиком в сфере права, но специально права буржуазного с его правом собственности и прочими великими „правами человека и гражданина“. Другими словами, рабочим массам в их борьбе приходилось выступать против существующего правового порядка. Такое выступление однако возможно в двух видах — оно может вести к отрицанию всякого права и полному освобождению от него, и оно может вести точно так же к некоторому изменению этого права путем внесения в него новых классовых элемен-

тов права, противоположного праву буржуазии, т.-е. пролетарского классового права. Первая возможность совершенного отрицания всякого права оказывается исключенной потому, что условия капиталистического производства, которые переживают частно-капиталистический порядок, неизбежно приводят к новым формам равенства и неравенства, с которыми приходится встречаться уже обществу социалистическому (переходного типа). Это показано совершенно ясно в упомянутой уже „критике Готской программы“ Маркса. А там, где возникает вопрос о неравенстве, естественно возникает вопрос о праве, как способе организации равенства и неравенства. Борьба рабочего класса в рамках капиталистического общества однако не всегда стояла на революционной точке зрения, которая резко противополагала право пролетарское праву буржуазному, а следовательно и не требовала полного устранения второго и полного же замещения его первым. Напротив того, крупные отрезы классовой борьбы пролетариата шли в рамках признания известной общности не только культуры, но и правопорядка, не взирая на всю противоположность классовых интересов. Следовательно, борьба рабочих в значительной своей части была лишь борьбою за реформу существующего правопорядка.

Но не значит ли такое положение, что этим самым рабочие как бы отказывались от своего собственного права, как права классового, и целиком становились на точку зрения буржуазного правопорядка, так что по крайней мере по форме они вливали свое право целиком в право буржуазное? Постановка такого вопроса облегчается еще тем, что возможно различать в каждом правопорядке его форму и содержание, и таким образом вполне допустимо построить „формально“ буржуазный правопорядок, который бы, в известной своей части, по содержанию охватывал элементы пролетарских интересов и таким образом, „материально“, подчинял бы их своей системе. Мы ведь знаем, что „в современном государстве право не только должно соответствовать общему экономическому положению, не только быть его выражением, но также быть его выражением, внутренно согласованным, которое благодаря внутренним противоречиям не шло бы само против себя“. (Письмо Энгельса Конраду Шмидту от 27 октября 1890 года. Цитирую по изданию „писем“ Адоратского, М. 1922 г., стр. 283.) Однако такое заключение было бы весьма поспешным. И если мы имеем единую систему права, которая украшает собой современные государства, то она менее всего построена на системе точного отражения экономических отношений и в особенности на ярком и недвусмысленном выражении классового господства. Напротив, именно для того, чтобы достичь единства правовой

системы жертвуют „точностью отражения экономических отношений“, так что она „страдает все более и более“ в угоду призрачному единству права. Поэтому слишком редко случается, чтобы „кодекс законов представлял из себя резкое, несмягченное, правдивое выражение господства одного класса. Это противоречило бы общей правовой идее“. Отсюда мы прежде всего встречаемся с известным затушевыванием и смягчением правовых идей господствующего класса, как они выражаются в том или ином крупном правовом уложении. Так даже в кодексе Наполеона, этом, казалось бы, наиболее совершенном выражении идей революционной буржуазии эпохи 1792—1796 г.г., мы наблюдаем, что эти идеи „фальсифицированы“ во многих отношениях. Но единство правовой системы нарушают и другие, чисто фактические, обстоятельства: „влияние и принуждение дальнейшего экономического развития постоянно ломают эту систему и вовлекают в новые противоречия“. Одним из основных влияний, нарушающих единство системы, должно однако признать все возрастающую силу пролетариата, которая вносит в нее „ежедневно всяческие смягчения и ослабления“. Энгельс (там же, стр. 283—284).

Ясно из сказанного, что **никакая юридическая система не может по существу представлять собой единой целостной классовой системы. Она всегда отличается пестротой и лоскутностью.** Это лишь „юрист воображает, что действует с априорными положениями“. На самом деле это всего лишь экономические отражения и, как мы могли сейчас убедиться, **результаты классовой борьбы и влияния растущей силы пролетариата. А последний несет с собой свое собственное право и так или иначе вкрапливает его в буржуазные кодексы.** Всякая система права с этой точки зрения есть компромисс, образованный из идеологических обрывков самых различных классовых идей, есть пестрая ткань, которая создана на основе правовых требований и воззрений самых различных общественных классов. Это „право“, сбитое из весьма противоречивых и часто взаимно друг друга отрицающих „прав“. Исторически мы почти не можем найти примера правового кодекса, конституции или крупного законоположения, где, как в геологическом разрезе, мы не могли проследить отдельных наслоений такого юридического компромисса. В свое время даже при анализе идеологии абсолютной власти русского самодержавия мне удалось наметить неоспоримо классовые черты царистской идеи, где в живописном порядке совмещалось мессианское призвание русского царя, в духе чисто крестьянской идеи божеской власти, сословно-дворянское благородство с его патриархальностью,

вотчинным началом и воинской доблестью и, наконец, идеология просвещенной буржуазии, где проводилась теория общего блага, всенародного договора и неотчуждаемых вольностей. И этой пестроте вполне отвечало одновременное существование господствующей церкви, обычного права крестьянской общины, крепостного права и X тома свода законов с его торговым оборотом и вексельным кредитом. Подобных примеров мы можем привести бесконечное количество. Если это Энгельс говорит о кодексе Наполеона, то что же можно сказать о современном праве с его крепким отпечатком стачек и классовой борьбы. (Мое „Государство", Изд. 1-е, часть 2-я, стр. 82 и сл.) [1]).

Самый поверхностный анализ тех прав, которые составляют в общем и целом комплекс пролетарского права в рамках буржуазного общества, убеждает нас с полной очевидностью в том, что здесь дело идет не только не о развитии начал и принципов буржуазного классового права, а скорее, наоборот, о некотором пролетарском противо-праве, которое даже в самой скромной форме радикально отрицает то естественное право, с которым мы познакомились уже выше. Конечно, не все составные части указанного комплекса в оди-

---

[1]) Интересна в этом отношении книжка Леона Дюги „Общие преобразования гражданского права со времени кодекса Наполеона" (М. 1919 г.), которая целиком посвящена тому „преобразованию" гражданского права Франции, которое оно испытало под давлением новых социальных условий. Дюги, несмотря на всю свою враждебность к социализму, считает необходимым употребить слово „социалистический" для того, чтобы характеризовать глубокое изменение важнейших идеологических основ буржуазного гражданского права, которое совершенно незаметно для ученых юристов приняло характер, противоположный тому, каким оно было раньше: „Деятели 1789 г. и авторы кодекса Наполеона, равно как, необходимо добавить, громадное большинство французских и иностранных юристов первой половины XIX века, за исключением школы Савиньи, считали, что то была окончательная система права, обладающая неоспоримостью и ясностью геометрической системы, что подобно тому, как современная геометрия все еще основана на принципах, изложенных Евклидом, точно так же во все времена, во всех странах право всех цивилизованных народов не сможет быть ничем иным как нормальным и рациональным развитием бессмертных и окончательных принципов, выраженных в этих текстах. Но оказалось, что лишь только строение было закончено, как уже показались трещины. XIX век был эпохой, отличавшейся исключительным богатством во всех областях человеческой деятельности. Значительное движение произошло в социальной области. Но это движение, вопреки тому, что предполагали деятели французской революции и первое поколение предыдущего столетия, это движение вместо того, чтобы быть нормальным развитием принципов, формулированных в 1789 г., было страшной реакцией против них. В течение последних 100 лет разрушительная работа завершилась. Она еще продолжается. Но с началом XX века ясно намечаются элементы нового юридического построения, которое, впрочем, также не будет окончательным. Нет ничего окончательного на свете; все проходит, все меняется, и юридическая система, находящаяся в настоящее время в периоде создания, в один прекрасный день уступит место другой, которую придется определять юристам — социологам будущего". (Дюги, „Общие преобразования", стр. 11.)

наковой степени и с самого начала являются антагонистами и классового интереса и классового права буржуазии. Одной из основных составных частей является беспорно **право союзов и собраний**, в особенности **право союзов или ассоциаций**, которое неоднократно фигурирует в различных каталогах или объявлениях прав свободы. Однако этого права мы не находим в первоначальной декларации человека и гражданина во Франции. Законом от 14-го июня 1791 года французская буржуазия объявила, что все рабочие коалиции—„преступление против свободы и декларации прав человека“, караемое штрафом в 500 ливров и лишением прав активного гражданина на один год. Вот как гласит первая статья этого закона: „Так как уничтожение всякого рода корпораций лиц одного состояния или одной профессии составляет одну из коренных основ французской конституции, то воспрещается восстановлять таковые корпорации под каким бы то ни было предлогом и в какой бы то ни было форме“. А статья четвертая заявляет, что „если граждане, занятые одной и той же профессией, искусством или ремеслом, сговорятся между собою или составят соглашение, направленное к тому, чтобы отказаться скопом или не соглашаться ниже известной платы оказывать услуги своей промышленною деятельностью и своими работами, то вышеназванные сговоры и соглашения должны быть объявлены... противоконституционными, преступлением против свободы и декларации прав человека“... Этот закон пережил все революции и смены династии. Даже правительство террора оставило его неприкосновенным. Еще бы— как мотивировал Шапелье, если даже рабочие находятся в „абсолютной, почти рабской зависимости“ от капиталиста, то все же правом коалиции „они нарушили бы свободу своих бывших хозяев, теперешних предпринимателей“. (Маркс. „Капитал“, том I, стр. 765—766.)

Право ассоциации конечно не может быть нами целиком приурочено к праву пролетарскому, так как это право впоследствии было все же введено в состав упомянутых деклараций, хотя и с некоторыми оговорками. В Англии законы 1824 и 1825 года признают ненаказуемыми сходки и союзы, в которых рабочие обсуждают вопрос о заработной плате и рабочем времени. Согласно Бельгийской конституции, право собраний обеспечено 19-й статьей, где сказано, что „бельгийцы имеют право собираться мирно и без оружия, подчиняясь законам, которые могут касаться осуществления этого права“. Таким образом, это основное право свободы не может быть осуществлено иначе, как в рамках особого дополнительного закона. Собрания под открытым небом по конституции“ 1831-го года были прямо поставлены под действие „полицейских законов“. Лишь

право ассоциации в ст. 20-й было обозначено таким образом, что „это право не может подлежать никаким предупредительным мерам". Насколько же одно право провозглашения свободы ассоциаций было недостаточно для образования рабочих союзов, показывает тот факт, что во Франции, после провозглашения этого права в 1848 году понадобился специальный закон 21-го марта 1884 года, который, наконец, в действительности отменил запрещение синдикатов, установленное знаменитым законом Шапелье от 14 июня 1791 г. Борьба за свободу ассоциаций в целях образования рабочих союзов, несмотря на возможность формального зачисления этого права в общий каталог свобод, показывает нам, насколько это право было существенно для рабочих и насколько оно противоречило классовому интересу буржуазии.

В праве ассоциаций мы во всяком случае встречаемся с радикальным отрицанием того индивидуализма, который формально превращает массу людей в юридические атомы, движимые исключительно их личным интересом. Правда, в члены рабочих союзов люди поступают также добровольно. Личная свобода здесь торжествует. И правильно поэтому каталоги прав гарантируют подобное право. Но поскольку рабочие входят в эти союзы, они стремятся к упразднению индивидуализма и к выявлению того, что буржуазный строй стремится скрыть из всех сил. В своих рабочих синдикатах и профессиональных союзах пролетарии находят лишь орудие для своего классового осознания и организации для того, чтобы хотя и в рамках буржуазного общества, но тем не менее вести борьбу класса против класса, т.-е. коллектива против коллектива, хотя и несуществующих на страницах кодекса или конституции. Закон Шапелье 1791 года был совершенно прав с классовой точки зрения буржуазии: в своих синдикатах пролетарии нашли орудие, страшнее всяких средневековых цехов для сокрушения свободы эксплоатации и ограждения труда от превозмогающей силы капитала. Мы не ошибемся поэтому, если скажем, что свобода ассоциаций и собраний есть первый параграф пролетарского права в буржуазном государстве.

В нашем обзоре прав рабочего класса, добываемых в рамках буржуазного правопорядка, мы не можем считаться всерьез с тем „правом", которое явилось неудачным эпизодом в революционной борьбе 1848 года. Как известно, после победы парижского пролетариата в февральские дни, рабочие устами Марша продиктовали правительству декрет, которым оно „обязывалось обеспечить существование рабочих посредством труда, доставлять работу всем гражданам и т. д.". И, действительно „право на труд" мы находим в широковещательном объявлении прав, которое было превозглашено

временным правительством. Там, с одной стороны, было объявлено, что обязанностью государства является „охранять гражданина в его личности, семье, религии, собственности, труде“, а отсюда выводилось, что его долг состоит в том, чтобы „обеспечить существование граждан“ „путем братской помощи“ и доставить им „работу“ или „помощь“. Взамен за это: „Граждане должны любить отечество, служить республике, защищать ее ценою жизни, участвовать в тягостях государства сообразно их имуществу“, „должны содействовать общему благу, помогая братски друг другу и общему порядку, соблюдая моральные и писанные законы, управляющие обществом, семьей и личностью“. (Конституция 4-го ноября 1848 года, Введение, п. п. VII, VIII, Конституции 11,13. Ср. м о е „Государство и верующая личность“, стр. 285,322.)

Подобная попытка, законченная июньским побоищем, не могла, конечно, иметь никакого успеха: „Французские рабочие не могли сделать ни одного шага вперед, не могли тронуть ни одного волоска буржуазного строя, пока ход революции не восстановил против этого строя, против господства капитала, крестьян и мелких буржуа, т.-е. массу нации, стоящую между пролетариатом и буржуазии, пока он не вынудил ее примкнуть к пролетариату, как к передовому борцу“. (Э н г е л ь с, Введение к „Борьбе классов во Франции“, в собрании сочинений Маркса и Энгельса, Том III, М. 1921 г., стр. 34—37.) Право на труд не могло иметь в буржуазном обществе и вообще реального осуществления, так как оно естественно зависело от развития производства и его спроса на рабочую силу, а, следовательно, в лучшем случае вырождалось в право на помощь безработному, которое впоследствии вошло уже в другую категорию прав, т.-е. в общий состав буржуазного социального законодательства, где и посейчас мы встречаемся с несчастной подачкой безработным, которая в лучшем случае удерживает их на поверхности голодной смерти. На этих основаниях м ы  н е  в ы д е л и м  „п р а в о  н а  п о с о б и е“  б е з р а б о т н ы м  в  к а ч е с т в е  о д н о г о  и з  о с н о в н ы х  м о м е н т о в,  к л а с с о в о г о  п р о л е т а р с к о г о  п р а в а.

Вторым подобным правом является право, завоеванное пролетариатом в прямое нарушение священных основ гражданского права. И если при помощи своих синдикатов рабочие в известной степени парализуют проклятие свободной конкуренции на рынке товаро-владельцев, и сами из отдельных товаро-владельцев рабочего времени превращаются в классовую силу, то нечто гораздо худшее для капитала несут с собою с т а ч к и. Ибо это прямое вторжение в область обязательственного права и той „верности“, которая выработана многовековым развитием договоров найма. Древнее право знало лишь кабальный договор или нексум, который

ставил должника на положение, если не раба, то крепостного. Средневековые законы о найме грозили рабочему, в случае отказа от работ, не только гражданским взысканием, но и уголовной карой. Даже там, где, как в древнем Вавилоне, мы встречаемся с оплатой отдельных услуг, невыполнение взятого на себя труда влекло иногда тяжелые наказания, вплоть до смертной казни. Гражданские кодексы капиталистического общества перешли на другую почву. Неисполнение принятого на себя обязательства, а следовательно нарушение договора по вине одной из сторон влечет за собой не только расторжение контракта, но также и возмещение убытков. Специально же по отношению к найму труда слишком долго существовали старые крепостные ограничения трудящегося под видом различных полицейских и административных правил. Отказ от работы неоднократно приравнивался к великому преступлению бродяжества и тунеядства и влек за собой или рабочий дом с его каторжными порядками, или тюрьму, а в случае неоднократного повторения, и виселицы. Еще в 1818 г. в Англии были за стачку посажены в тюрьму руководители болтонских ткачей, а во Франции в 1834 году расстреливали лионских рабочих—ткачей забастовщиков.

Если мы остановимся даже только на положениях новейшего гражданского права, как оно было выработано в виде естественного права свободных товаро - владельцев, то и здесь наем труда или наем услуг никоим образом не мог быть нарушен безнаказанно со стороны трудящегося. Здесь во всяком случае действует общее правило о нарушении договора и возмещении убытков со стороны нарушившей договор стороны. Единственным прогрессом по отношению к древнему праву было лишь то, что на договоры найма труда переносились общие положения обязательственного права, а следовательно сделка о купле-продаже рабочего времени или найме рабочей силы в целях выработки прибавочной стоимости в случае нарушения не влекла за собой уголовного наказания, но лишь подводилась под общие правила обязательственного права. И что же мы видим?—Стачку, состоящую в том, что целый ряд рабочих по взаимному уговору между собой бросает работу иногда в самое напряженное время производства, и она не только не является объектом уголовного преследования, но и не влечет за собою никакой имущественной ответственности. Совершенно безнаказанно нарушают рабочие договор и, как показывает практика, иногда в случае возобновления соглашения бастующие добиваются и получают полную оплату того рабочего времени, которое они так, казалось бы, противозаконно похитили у предпринимателя.

Право стачки по своему содержанию является одним из наиболее действительных боевых орудий пролетариата. Как мы уже могли убедиться, оно радикально противоречит не только важнейшим и основным принципам буржуазного правопорядка, но и является их форменным ниспровержением. Самый элементарный подсчет тех имущественных потерь, которые несут капиталисты вследствие той или иной, более или менее крупной стачки, показывает всю силу удара, наносимого в самое нежное место капиталистического строя. Называть поэтому право стачек правом буржуазным только потому, что оно осуществляется в общих рамках буржуазного общества и его правопорядка было бы верхом нелепицы. И это право носит на себе все черты той борьбы за право, с которой мы уже многократно встречались в предыдущем изложении. Стачке всегда предшествуют определенные требования, которые отнюдь не по капризу или вследствие жажды корысти предъявляются фабриканту. Обычно это требования известного дополнения или изменения существующего договора о покупке живой силы рабочего, которые вытекают из насущных интересов рабочего класса. Эти требования сами по себе отнюдь не направлены на нарушение существующего правопорядка в том смысле, чтобы они вынуждали предпринимателя к совершению уголовно-наказуемых действий. В случае согласия фабриканта старый договор дополняется новым условием или изменяется согласно интересам рабочих. Если следует со стороны капиталиста отказ, то рабочие нарушают уже заключенный договор безнаказанно, ломают свое обязательство и фактически причиняют предпринимателю колоссальный ущерб. Здесь они как бы пользуются тем же лицемерием права, которым раньше воспользовался фабрикант.

Ведь он отлично знал, когда нанимал их при помощи якобы свободного договора, что они отнюдь не свободны, а принуждаются к рабству наемного труда голодом и нуждой. Заключая с ними свободный договор, он на самом деле использовал лежащий за областью права факт—наличность свободной армии труда и конкуренцию голодных между собою. Во время стачки роли переменились. Рабочие нарушают юридический договор и тем, казалось бы, дают предпринимателю полную возможность объявить договор нарушенным и предъявить к ним иск об убытках. Казалось бы, этим путем правопорядок может быть восстановлен. Но в том-то и противоречие буржуазного правопорядка, что за индивидуальным договором труда начинается стихийный мир хозяйственных отношений, мир факта, который ставит фабриканта перед рядом юридически неоформленных обстоятельств. Ибо, во-первых, рабочие ничего не имеют,

а следовательно, иск об убытках вполне безнадежен. Во-вторых, ведение такого процесса стоит новых затрат и невозможно без обеспечения иска и прекращения свободы передвижения со стороны рабочих. В-третьих, замена обученных рабочих новыми может повлечь новые и крупные расходы, а может быть нарушение производства. Наконец, в-четвертых, гораздо скорее и легче, а следовательно и выгоднее договориться с бастующими, чем с одной стороны вести с забастовщиками процесс и в то же время набирать новых рабочих. Наконец, в-пятых, такой судебный процесс с бастующими необходимо отпугнет прилив рабочей силы даже со стороны весьма нуждающейся массы. Так факт отнимает у права всякую реальную возможность осуществления. Под маской права и со стороны фабриканта и со стороны рабочих идет борьба в той области, где вырабатывается уже какое-то новое право, очень часто незаписанное ни в каком кодексе. Только в уголовном уложении мы найдем статью, гласящую о том, что стачки ненаказуемы. Но зато по образцу английского закона 1824 г. „карается принуждение или попытки к принуждению при посредстве насилия, угроз, устрашения, отягощения и препятствий всякого рода, направленных против других рабочих, чтобы заставить их бросить работу, присоединиться к союзу, исполнять его предписания и правила, или против работодателей, чтобы повлиять на ведение ими своего дела".

Спрашивается однако можно ли назвать вообще самое право на стачку правом, так же как признать правовой характер за требованиями, которые выставляются под угрозою стачки? Полагаем, что на этот вопрос может быть один ответ: да, мы здесь имеем дело с реальными отношениями, которые беспорно организованы при помощи правовой идеологии. И не только потому, что здесь в основе лежит момент равенства и неравенства, который, согласно воззрению Маркса и Энгельса, есть основной момент правовой регламентации. Здесь спорить не приходится. Но и потому, что самый характер стачечной борьбы совершается в типичных формах борьбы за право, хотя и в формах, гражданским правом непредусмотренных. Ибо, пока стачка не приобрела политического характера и не выставляет широких требований классовой революции, она ограничивается в своих домогательствах точными определенными пунктами, которые уже с этой стороны приспосабливаются, применяются к существующему порядку вещей и тем самым делают возможным последующий компромисс в форме взаимного договора между капиталистом и рабочими. Как известно, и самое ведение стачки обыкновенно усиленно подчеркивает ее мирный и некоторым образом „закономерный" характер. И поскольку часто предприниматель старается

при помощи провокации придать стачке характер социальный, а следовательно и политический, который, заметим кстати, она в действительности и имеет, постольку же рабочие, наоборот, путем взаимной строгой дисциплины, стремятся сохранить характер борьбы за известные имущественные блага или условия труда, которые не должны по внешности выходить из рамок узаконенной конкуренции и легальных приемов экономического давления. Лишь борьба со штрейкбрехерами нарушает эту правовую идиллию. Наконец, самое завершение стачки в виде взаимного договора увенчивает любопытнейшее сочетание осуществлений пролетарского права, с одной стороны, и права буржуазного, с другой, актом нового проявления „свободной“ воли, отличающегося столь же двусмысленным, гибридным характером, как и вся система буржуазного правопорядка.

Анализ договора, заключенного между рабочими и фабрикантом, после удачной для первых стачки, дает весьма любопытные черты. Этот договор уже совершенно очевидно заключен не отдельными рабочими и предпринимателем, а классовым коллективом рабочих, т.-е. стоящим за его спиной рабочим классом с фабрикантом, как представителем класса буржуазии. Уступка буржуазному порядку, однако, делается в том, что форма этого коллективного договора принимает форму старого индивидуального договора частного права. Содержание договора обусловлено предшествующей стачечной борьбой и победой рабочих, однако же это торжество пролетарского права скрывается под формой свободной милости фабриканта, который является единственным собственником своего предприятия и в качестве такового лишь один обладает безответственным, бесконтрольным и независимым правом деспотической власти над вещами. Еще более усложняется вопрос о договоре между рабочими и капиталистами, когда благодаря организации рабочих союзов и объединению предпринимателей в союзы промышленников мы встречаемся с так называемыми коллективными договорами рабочих и капиталистов. Как совершенно правильно по этому поводу замечает Дюги, „коллективный договор составляет юридическую категорию, совершенно новую и совершенно чуждую традиционным рамкам гражданского права. Это соглашение — закон, регулирующий отношения между двумя социальными классами. Это не договор, из которого возникают специальные обязательства, конкретные и временные между субъектами права. Это закон, устанавливающий постоянные и длительные отношения между двумя социальными группами, устанавливающий законный порядок, согласно которому должны будут заключаться индивидуальные

договоры между членами этих групп". (Дюги. „Общие преобразования", стр. 75—76.)

На стачечной борьбе и коллективном договоре, как на правовом выражении классовой борьбы мы довольно отчетливо можем рассмотреть те три составных части, которые мы установили в самом начале еще при анализе кровной мести. Мы имеем две стороны, из которых каждая вооружена своим субъективным правопритязанием, — капиталиста, с одной стороны, рабочего, с другой. Первый является представителем класса капиталистов, как бы воплощенным в живом лице капиталом. Его правопритязание основывается на его интересе, который в то же самое время есть интерес всего класса буржуазии. Этот интерес осознан при помощи своеобразного формального и оценочного мышления, которое отражает экономический факт под углом системы равенства — неравенства или справедливости, вследствие чего самый интерес получает форму субъективного права, требующего своего воплощения. Этому субъективному праву капиталиста противостоит, с другой стороны, такое же субъективное право рабочих с тем однако различием, что классовый интерес рабочих в данном случае отражен в идеологической форме права, построенного при помощи справедливости трудовой, домогающейся равенства с точки зрения трудового процесса. Таким образом, мы имеем *субъективное право капитала, построенное при помощи своей справедливости и права труда, построенное на том же идеологическом принципе, т.-е. правовом, но имеющем в основании другой оценочный критерий, т.-е. признание основной ценности труда*. Казалось бы, между ними не может быть ничего общего, кроме непосредственно вооруженной борьбы, ибо право одного не имеет никакой общности с правом другого, и самые способы построения их совершенно различны. Таково и было бы основное выражение классовой борьбы между капиталом и трудом, если бы она была взята в чистой форме. Но тут выдвигается третий момент. Борьба происходит все же *в рамках общего хозяйства, на почве некоторого общего правопорядка, известного междуклассового „компромисса"*, который и отражается известным образом на столкновении двух классовых субъективных правопритязаний.

Этот правопорядок менее всего носит на себе, как это уже заметил Энгельс, „резкое, несмягченное правдивое выражение господства одного класса. Это противоречило бы общей правовой идее". Указанная здесь „общая правовая идея" представляет собой идеологическую постройку, которая даже ценою величайших извращений, орудуя „правовыми принципами... стоящими вверх ногами", стремится изобра-

зить обще-классовое единство и гармонию, которых в действительности совершенно нет. Но независимо от этого свойства правовой идеи, стремящейся установить „правопорядок“ там, где идет на самом деле смертный бой между классами, общая система права в качестве объективного права и на самом деле есть результат известного междуклассового соглашения. В основе его лежит прежде всего известный компромисс между отдельными группами господствующего класса, что выражается для современного буржуазного общества в широких уступках, которые сделаны в различных размерах крупному землевладению. За исключением Америки вряд ли мы найдем на континенте хоть одну страну, где старое крепостничество не сохранило бы в форме аграрного капитала значительных остатков своего прежнего величия. Уже этим нарушается чистота „идеи революционной буржуазии“. В различном размере в разных странах дополняют этот характер основного правопорядка так же уступки, сделанные мелкой буржуазии, а в частности самостоятельному малоземельному или парцеллярному крестьянству. Сюда же входят, как подтвердил и Энгельс, некоторые уступки рабочему классу, хотя бы в виде так называемого социального законодательства. Основным, господствующим фоном остается попрежнему какой-нибудь кодекс Наполеона, гражданское германское уложение или „общее право“ доброй старой Англии. Но этот общий правопорядок не выражает собой точного и подлинного классового права буржуазии... Субъективное право буржуазного класса не совпадает вполне и целиком с буржуазным правопорядком, как юридической формой всего общества, работающего при помощи товарно-капиталистического производства.

Здесь мы подходим к критическому пункту различения между идеологической организацией права и такою же организацией власти. Наиболее яркое и последовательное выражение последней есть диктатура. Ее социальная задача есть установление непререкаемого классового господства, которое может носить совершенно открытый и несмягченный характер. Задача власти есть установление единства массового поведения. И в периоды напряженной классовой борьбы общественный класс нисколько не стесняется открыть свое лицо и выступить в ореоле мощи и террора, так как, с одной стороны, такой класс чувствует себя представителем общего интереса и лучшей, высшей формы производства, а с другой стороны, он только тогда достигнет классового могущества, когда основательно уничтожит своих классовых врагов и в первую голову принудительный аппарат и машину устрашения своего предшественника. Говорить при установлении власти о соглашении с противником значит ослаблять свою власть.

Прибегать к компромиссу во время борьбы на жизнь и смерть значит отказаться от достижения сколько-нибудь длительных результатов. Если война есть только высшее выражение политики, то, с другой стороны, именно военный характер власти характеризует собой ее высшее завершение. Когда захотели найти точное выражение той высшей власти, которая была дана в капиталистическом мире классовым господством капитала над трудом, то при помощи какого-нибудь Жана Бодена пришли к конструкции суверенитета, т.-е. власти независимости, неограниченной и всемогущей. Последующая демократия устами Руссо дополнила ее еще признаком непогрешимости. Сведение всех форм власти к одному центральному источнику, объединяющему единство поведения всего населения страны — это высшее достижение политической организации.

Совершенно другими средствами работает право. Поскольку оно должно, хотя бы в минимальных размерах обеспечить равенство, оно с первых своих шагов работает при помощи компромисса. Капиталист, который в области политики наступил на горло рабочего при помощи какого-нибудь великого усмирителя и стража порядка — обыкновенно в генеральском чине — на другой день переходит в область права, так как на штыках сидеть нельзя. Пушки без компромисса сменяются судебным процессом с известной пощадой — на галеры — для менее опасных. По мере обеспечения власти растет и ее правовое перерождение. Она ставит строго определенные требования и обращается к некоторому общему порядку справедливости и пресловутой цивилизации. Подлежащий еще вчера расстрелу инсургент постепенно становится субъектом права, сначала гражданского, а затем и публичного. Уравнение двигается все дальше и дальше. В конце концов мы находим даже возведение наиболее благонадежных слоев из числа „нашего доброго, честного и трудолюбивого народа“ на ранг избирателей при системе классовых или цензовых выборов. В отличие от власти право отличается характером примерения и компромисса. Оно не исключает, конечно, бурных правовых эмоций. Даже больше, порою оно их усиливает и обостряет. Но это именно потому, что оно никогда не ставит своей целью достижение универсальной власти и установление общей тирании. Правовые требования лишены всеобщего характера. Они всегда точны и определенны, хотя и жестки. „Суровый закон, но закон“, — гласит латинская пословица. И то немногое, что оно требует, оно зато требует с тем большим ожесточением и фанатизмом. Но уже здесь начало компромисса, так как, конечно, немногие требования можно и осуществить, а с другой стороны, они позволяют столь же определенную и точную

сбавку, которая все же обеспечивает исполнение остальных. Но этого мало. Определенные и немногие требования построены при помощи известной системы равенства, а следовательно наперед открывают возможность обсуждения их и критики с точки зрения этой системы. Так достигается возможность идеологической подстановки и фальсификации, которая при посредстве той или иной „справедливости" найдет путь для соглашения. В результате известный компромисс, который не удовлетворяя до конца никого, удовлетворяет всех, или, вернее, прикрывает призраком удовлетворения тех, кто платится своим неудовлетворением для удовлетворения победителя. „Идея права", это Шейлок, который меньше всего требует смерти своих должников; но по строгой справедливости он желает вырезать у них фунт живого мяса, в строго определенном по договору месте. Не больше фунта—на остальное он не претендует.

Возвращаясь теперь к той правовой игре, которую трагически разыгрывает пролетариат и буржуазия, мы видим, что и здесь над субъективным правом буржуазии и субъективным правом пролетариата подымается некоторое „общее право", которое, не нося строго буржуазного характера, т.-е. субъективного права буржуазии, и будучи в известной части компромиссом капитала промышленного, финансового и аграрного, включает в свой состав и отрезы права крестьянского, так же как правовые уступки пролетариату. Это право не есть чистая идея буржуазии. Для того, чтобы отличить его от субъективного права буржуа, как узко-правовой оболочки классового интереса промышленного капитала, мы назовем его, в приведенном нами столкновении рабочих и капиталиста, не буржуазным правом, а *капиталистическим правопорядком*. Вот на этой-то почве и столковываются в конце концов борющиеся стороны, прибегающие к некоторому компромиссу на более широкой основе. Если мы хотели бы что-либо особо подчеркнуть в наших выводах, так это то положение, что в отличие от единства как социальной функции власти, которая может быть достигнута прямым уничтожением всех нарушающих единство сил и моментов, *социальной функцией права является соглашение и компромисс*, которые хотя и не гарантируют полного равенства в распределении власти или экономического обеспечения, но, во всяком случае, водворяют организацию на основе той или иной „справедливости" и признанных ею „прав". И если власть дает взаимодействие в социальном поведении на основе прямого подчинения, то право требует хотя бы призрачного или молчаливого соглашения. *Выражение власти есть приказ, выражение права*—договор. *Власть есть свобода, право — связанность чужим правом.*

Если мы в настоящее время попробуем наметить примеры обращения к политике и праву в ходе самой классовой борьбы, то мы очень легко можем найти их в сопоставлении тактики революционной и оппортунистической. На первой точке зрения, как известно, стоит Коммунистический Интернационал, объединяющий наиболее революционные массы современного пролетариата не только Европы, но, можно сказать, всего земного шара. Образцом тактики второго типа является Второй Интернационал так называемых соглашательских кругов современного рабочего движения. Если мы остановимся на конечных целях той и другой организации, то мы найдем здесь полное совпадение, так как, обе эти программы имеют своим источником революционное учение Маркса и Энгельса, ставшее миросозерцанием современного фабричного пролетариата. Но разница между этими двумя образованиями тем не менее колоссальна. И не потому, чтобы современный коммунизм отрицал, подобно некоторым анархистам, необходимость считаться с правовым порядком вообще. Напротив, здесь можно указать на тот факт, что коммунистическая партия, поскольку она добилась власти в пределах бывшей России, сумела не только предпринять ряд политических шагов мирового значения и вывести из хозяйственного раззора самую нищую страну в Европе, но и ознаменовала свою деятельность правовым творчеством, имеющим и громадный размах и большое фактическое значение. Партия коммунистов не есть антигосударственная во что бы то ни стало, но точно так же и не противоправовая, чего бы это ни стоило. Скорее наоборот. Однако же, как известно, даже в тех „правовых государствах", где у власти стоят социал-демократы, приверженцы Второго Интернационала, коммунистическая партия подвергается жесточайшим гонениям, как организация, стремящаяся к ниспровержению всякого правопорядка и государственной власти. Прибавим к этому и другой факт: до последнего времени, несмотря даже на годами длящиеся торговые сношения, „правовые государства" самых разных стран света затруднялись признать государства Советов „де-юре", т.-е. вступить с ними в правовое общение, как с равноправной страной.

И там право, и у нас право. И мы поддерживаем и творим право, и западные социал-демократы как будто занимаются тем же. И мы живем полной правовой жизнью и наши соседи с четырех концов света — тоже. И однако, одно право не желает признать другого. В чем тут загадка?— Единственно в том, что буржуазный правопорядок как результат соотношений классов при господстве буржуазии, резко отличается от правового порядка рабоче-крестьянского государства.

И не потому, чтобы у нас было целиком одно пролетарское право, которое насыщало бы все стороны общественных отношений, а за границей ему было бы противопоставлено такое же классовое право буржуазии без пятна и отметины. Это вовсе не противоположность двух классовых прав, как таковых. Ибо одинаково и буржуазное государство и наше Советское точно так же включают в свой общий правопорядок и право пролетарское, крестьянское, и буржуазное. Одного только, пожалуй, „права“ у нас нет — это права землевладельческого в смысле частного землевладения, хотя зато мы имеем грандиозного помещика в лице самих Советов, владеющих порядочным количеством имений в виде советских хозяйств. Разница однако не в этом. Но суть в том, что под влиянием господства буржуазии в общем правопорядке зарубежных государств право буржуазии в общем компромиссе занимает совершенно исключительное место и так или иначе стремится свою „правовую идею“ сделать основой всего общественного правопорядка. У нас же наоборот. Благодаря диктатуре пролетариата и наличию советской государственности пролетарское право занимает господствующее место в общей системе правопорядка и лишь на началах союза включает в его состав право крестьянское, и на основах терпимости и компромисса — право буржуазное. Ясно поэтому, что и объем права пролетарского в том и другом случае совершенно различен, содержание его охватывает совершенно другие стороны, и основные принципы общего правопорядка радикально изменены.

Рассмотрение рабочего права и той позиции, которую оно занимает в составе общего правопорядка в государствах буржуазных и у нас, ярко обнаруживает различие того и иного уклада. В государствах буржуазного правопорядка рабочее законодательство есть противоречие. Правда, благодаря рабочему движению и угрозе социальной революции пролетарское право в этой области добилось значительно большего, нежели в праве на стачку. Не надо забывать, что в „правовом“ государстве стачечное право до сих пор отрицает классовый характер стачечной борьбы, а следовательно у буржуазии остается в руках еще возможность борьбы за „свободу труда“ в том смысле, что она действует полицейскими и уголовными средствами против всякого классового давления на штрейкбрехеров и пробует при малейшей возможности противоставить стачечникам подобного рода „свободных тружеников“. В сфере рабочего законодательства мы имеем уже положительную норму, подкрепленную государственной властью, которая в интересе рабочих причиняет довольно серьезный изъян классовому праву буржуазии. Права собственника и хозяина частного предприятия нарушаются самым решительным образом.

Ниспровергается нерушимая стена между частно-правовой свободной и публично-правовой сферой общественного интереса. Во имя интересов целого государственные органы не только стесняют свободу договора, но и предписывают свои правила ведению хозяйства. Устраняется наиболее дешевый труд детей, ограничивается применение труда женщин и подростков, устанавливается рабочий день, обеспечивается ответственность за нанесенные рабочему увечья, обеспечивается инвалидность, старость и болезнь, одним словом пролетарское право вдвигается, как составная часть, в общий правопорядок с ясно направленным острием против капиталиста и его классового права. Такова Великая Хартия труда в современных буржуазных государствах... (Ср. Werner Sombart. „Socialismus und sociale Bewegung". Jena. 1905.)

Но какой ничтожной представляется она по сравнению с другой стороной компромисса, где залегают материки права капиталистов. Все орудия производства попрежнему находятся в их свободных руках. Все капиталы принадлежат им. Все направление народного хозяйства движется по их воле. Вся государственная политика делается в их интересе. Нищета и богатство, развитие и прогресс, остановка и гибель— все в их руках. Наконец, попрежнему неприкосновенен их аппарат зверской конкуренции и колониальной политики, при помощи которого они, объединившись в государственных пределах, выносят свою смертельную борьбу под флагом империализма и колониальной политики за далекие океаны и бросают в войнах мирового масштаба миллионы людей на смерть, на муку, на ужасы голода и одичание до уровня диких зверей. Великая Хартия рабочих превращается в малую хартию, даже в ничтожную хартию. Компромисс под кровом классового господства капитала обнаруживает свои трагические и вместе иронические черты. И полной противоположностью этому порядку является строй пролетарской диктатуры. Кодекс труда и здесь занимает свое место с тем отличием, что он является не противоречием всей системы, но естественным и необходимым выводом из господства рабочих. Однако он есть далеко не последняя правовая позиция на авангарде рабочего права. Здесь его достижения захватывают всю область, которую в буржуазных государствах занимает частный капитал, а следовательно имеет тысячи более действительных средств, нежели рабочее законодательство для обеспечения своих интересов. Здесь равенство повернуто в другую сторону. Рабочему не зачем так цепляться за свои права и отстаивать их от нарушения, когда нарушать их некому и сам он стал хозяином не только своего труда, но и всей страшной силы современного капитала. Значение рабочего законодательства в стране рабочих естественно бледнеет и отходит на второй

план. Но поскольку здесь остается буржуазия и сохраняются остатки буржуазного классового права, основная правовая регламентация переносится на эту область, и наибольшее обострение права мы находим на той границе, где защищается буржуазия против пролетариата.

Но тут мы уже переходим в сферу пролетарского права, которое совершенно не могло уместиться в буржуазном правопорядке в качестве одной из частей междуклассового компромисса. Ибо здесь пролетариат формулировал в виде „правовых требований“ свою социалистическую программу, а следовательно план радикального преобразования всего буржуазного общества. Здесь именно находились важнейшие положения революционной программы довоенной социал-демократии, где были формулированы и экспроприация экспроприаторов, и уничтожение общественных классов, и как основной момент переходного порядка к коммунистическому обществу — диктатура пролетариата. Если мы заглянем в программы социалистических рабочих партий в Западной Европе, (хотя бы в том виде, как они приведены в „Памятной книжке марксиста“, составленной в свое время И. Чернышевым), то мы увидим — сплошь и рядом повторяются требования „социалистического общества“, „уничтожения эксплоатации во всех ее видах“, „устранения всякого социального и политического неравенства“, „перехода средств производства в общественную собственность всего народа“, установления „новых форм товарищеского производства на основе общественной собственности“, „освобождения производительного класса“ в качестве „освобождения всех человеческих существ без различия пола и расы“ на основе владения „средствами производства“, „превращения государства в организацию управления вещами“ и т. д. Совершенно очевидно, что так формулированное *классовое право пролетариата далеко вышло за пределы возможного компромисса с буржуазией и, следовательно, являлось вплоть до революции своего рода его субъективным правом, направленным целиком к насильственному перевороту.* И действительно, как показывает пример социальной революции в России, это право впервые здесь получило начало своего реального воплощения. Но тут уже пришлось прийти к другой форме компромисса: право пролетариата стало господствующим, а право буржуазии лишь терпимым осколком прежнего владычества.

Вопрос о значении права для строя, переходного к коммунистическому обществу, был поднят *Марксом* в его „Критике Готской программы“. Вообще, это наиболее целостное его учение о праве, которое впоследствии было использовано *Лениным* в его учении о государстве и революции. *Маркс* исходит здесь из определения права,

вполне отвечающего тем данным, которые собраны нами в настоящей книге. Прежде всего он, конечно, устанавливает, как это делал многократно и он сам и Энгельс, определенную связь между правом и экономикой: „Право никогда не может быть выше экономической формы и обусловленного ею культурного развития общества“. После этого ставиться вопрос о природе права, которое по своему содержанию „есть право неравенства“. При уравнивании „неравных индивидов“ оно пользуется известной общей „меркой“, которая применяется „лишь постольку, поскольку их рассматривают под одним углом, понимают только с одной стороны..., например, только как рабочих“. Задача правовой регламентации это установить „равное право“. Маркс не останавливается здесь специально на осуществлении „равного права“ в рамках буржуазного общества. В своем „Капитале“ он показал с достаточной убедительностью, что там под общей маской свободных и равных индивидов скрывается ужасающее неравенство, которое прикрывается тем, что эти индивиды берутся только в одном отношении при помощи „мерки“товаро-владельцев. Но вот мы вступаем в ту стадию коммунистического общества,—а по терминологии В. И. Ленина „общества социалистического“, — где оно „еще только выходит из капиталистического общества“, значит является „еще покрытым во всех отношениях — экономическим, нравственным, умственным — родимыми пятнами старого общества, из лона которых оно выходит“. Спрашивается здесь, имеем ли мы в этом случае действительно и сразу то пролетарское право, о котором так торжественно возвещают некоторые марксистские юристы нашего времени? (К. Маркс, „Критика Готской программы“. В сборнике „Исторический материализм“, стр. 253—255.)

На этот вопрос отвечает Маркс следующим образом. При переходном строе в лучшем случае „отдельный производитель получает от общества обратно, за всеми вычетами, ровно столько, сколько отдает ему, а отдает он ему свое индивидуальное количество работы. Например, общественный рабочий день представляет сумму индивидуальных рабочих часов; индивидуальное рабочее время отдельного производителя есть доставленная им часть общественного рабочего дня, его доля в нем. Он получает от общества квитанцию в том, что отдал ему столько-то труда (за вычетом его труда в пользу общественных фондов) и за эту квитанцию получает из общественных складов средства потребления в количестве, стоящем такого же количества труда. Сколько труда он отдал обществу в одной форме, столько же и получает обратно в другой. Здесь, очевидно, господствует тот же принцип, который регулирует товарный обмен, поскольку последний есть обмен равноценностей. Содержание

и форма изменились, потому что при изменившихся обстоятельствах, никто не может дать ничего, кроме своего труда, а с другой стороны, ничто не может перейти в собственность индивидуальных средств потребления. Но что касается распределения их между отдельными производителями, то здесь господствует тот самый принцип, что и при обмене товарных эквивалентов: известное количество труда в одной форме обменивается на равное количество труда в другой". Такого рода положение вещей далеко не побуждает Маркса к чрезвычайному восторгу и менее всего он находит такое равенство воплощением начал права пролетарского, если понимать под ним действительно достигшее своего завершения „равное право". Мы можем даже сказать, что здесь Маркс слишком подчеркивает близость такого права к праву буржуазному, где мы видели в достаточной степени эквиваленты товарных ценностей. Маркс по поводу такого нового права говорит следующее: „Здесь равное право—все еще по своему принципу буржуазное право, хотя принцип и практика и не ссорятся более, тогда как при товарном обмене обмен эквивалентов существует только в среднем, а не в каждом отдельном случае. Несмотря на этот прогресс, равное право все еще заключено в буржуазные рамки". Единственный подлинный успех Маркс находит в этом новом праве лишь в том отношении, что здесь установлена новая мерка для правового уравнивания и соответственного равенства: „Право производителей пропорционально доставленному ими труду; равенство состоит в равенстве мерила—труда". Таково право „в первой фазе коммунистического общества, когда оно только что выходит из капиталистического общества после долгих мук родов". Лишь „на высшей стадии коммунистического общества" право станет истинным проводником равенства, так как оно не будет делать равным неравного, но, сообразно действительному различию людей между собою, а следовательно и фактическому неравенству станет „вместо равного неравным" по известной формуле: „от каждого по его способностям, каждому по его потребностям". (Там же, стр. 254—255.) Но этим самым всякое право упраздняется.

Нельзя не видеть из сказанного, что Маркс чрезвычайно резко противополагал право коммунистического общества, даже на первой его стадии, праву буржуазному, или по крайней мере такому, которое пользуется „принципом буржуазного права" и осуществляется „в буржуазных рамках". Маркса в данном случае меньше всего удовлетворяло то обстоятельство, что носителем власти при переходном периоде и, может быть, даже в первые времена коммунистического общества будет пролетариат. Как он говорит там же: „между капиталистическим и коммунистическим обществом лежит период революционного преобразования

одного в другое. Ему соответствует и политический переходный период, в котором государство не может быть ничем иным как революционной диктатурой пролетариата". (Там же, стр. 256.) Пролетарские правовые требования для Маркса отнюдь не равнозначны сами по себе подлинному „равному праву", которое, как мы уже убедились, будет глубоко неравным по своему содержанию. И такого рода точка зрения вполне оправдывается историей. Ведь пролетариат в разные эпохи своей борьбы выступает с различными, хотя и „пролетарскими требованиями равенства". Ибо, уже „с того момента, как было выставлено буржуазное требование отмены классовых привилегий, выступает и пролетарское требование отмены классовых различий — сначала в религиозной форме, примыкая к первоначальному лозунгу христианства, позднее, в форме политического требования, которое опиралось на буржуазное учение о равенстве". Здесь как бы „пролетарии ловят буржуазию на слове: равенство должно проявляться не только в сфере государственных отношений, но также осуществляться в действительных, реальных условиях общественной экономической жизни. Особенно с тех пор, как французская буржуазия, со времени великой революции, выдвинула на первый план гражданское равенство, французский пролетариат (и не только французский — прибавим мы) не переставал требовать социального и экономического равенства, и это требование стало боевым кличем французских рабочих (и рабочих всего мира, полагаем мы)". (Энгельс. „Анти-Дюринг", стр. 65—66.)

Следовательно, пролетариат, выставляя свои требования, переходит необходимо несколько стадий в формулировке своего классового права. Во-первых, оно выступает в чисто буржуазной форме естественных свобод и равенства, при чем, как мы видели выше, именно в эту форму выливается право союзов и собраний, которое в конце концов, после величайшей борьбы, становится рядом с правом священной собственности в буржуазном каталоге прав. Пролетарское право дает лишь новое содержание одному из моментов общего буржуазного правопорядка. Значительно дальше идут „пролетарские требования, когда они возникая в форме реакции против буржуазного требования равенства, черпают из последнего более правильные и широкие выводы... в этом случае они обусловливаются самым существованием буржуазного общества и могут замолкнуть только с прекращением последнего". (Там же, стр. 66.) Таковы требования пролетарского права, направленные к обеспечению свободы стачек, а в конце концов к законодательному обеспечению условий труда. Еще высшей ступенью в деле воплощения пролетарского права, как воплощения равенства, является „требование отмены классов". Оно осуществляется уже постепенно после рево-

люции и победы пролетариата, когда последний устанавливает свою диктатуру. Но даже воплощенное при переходном периоде равенство, как его рисует Маркс, получает столь значительный привкус буржуазного равенства для неравных, что Маркс готов и эту форму пролетарского права признать в известной степени „буржуазной“.

Мы бы не пошли так далеко. Уже тот факт, что в данном случае, вместо обмена товарных эквивалентов, обменивается одно количество труда на равное же количество труда в другой форме и что таким образом здесь устанавливается новое мерило для равенства, а именно непосредственно сам труд, уже это одно выделяет пролетарский принцип права чрезвычайно резкими чертами по отношению к буржуазному; и мы склонны были бы признать, что в данном случае мы встречаем первое осуществление пролетарского права, хотя и в далеко несовершенной форме. На этой форме права при господстве диктатуры пролетариата остановился в свое время и Ленин, когда он рисовал первую коммунистическую или, точнее, социалистическую форму организации общества в своем „Государстве и революции“: „Средства производства здесь уже вышли из частной собственности отдельных лиц“, говорит он, „средства производства принадлежат всему обществу. Каждый член общества, выполняя известную долю общественно-необходимой работы, получает удостоверение от общества, что он такое-то количество работы отработал...“ Каждый член общества, следовательно, „получает от общества столько же, сколько он ему дал. Царствует как будто бы равенство“. Однако же, „справедливости и равенства“ здесь все-таки нет, как это признает и Ленин: „Различия в богатстве останутся и различия несправедливые“. Невозможно только одно—немыслима будет „эксплоатация человека человеком, ибо нельзя захватить средства производства, фабрики, машины, землю и прочее в частную собственность“. Тут пока уничтожается только одна „несправедливость“, что „средства производства захвачены отдельными лицами“. Но здесь еще невозможно „сразу уничтожить и дальнейшую несправедливость, состоящую в распределении предметов потребления „по работе“ (а не по потребностям)“. На этом основании и Ленин полагает, что поскольку сохраняется здесь право, оно слишком много несет на себе характерных признаков буржуазного права, а посему он не стесняется приравнять его к „буржуазному“ (Ленин. „Государство и революция“, М. 1919 г., стр. 117—120.) Повторяем, нам казалось бы более правильным отделить равенство, основанное на непосредственном вознаграждении трудом за труд от равенства, которое нашло свое „выражение в законе ценности современной буржуазной экономики, согласно которому ценность какого-нибудь товара измеряется содержащимся в нем

общественно-необходимым трудом". (Энгельс, „Анти-Дюринг", стр. 64.)

Но есть еще одно основание, которое заставляет нас противополагать пролетарское право праву буржуазному даже там, где первое еще несет на себе отметины второго. Дело в том, что, даже та первая стадия социалистического строя, которую рисовали нам и Маркс и Ленин, в значительной степени осложнилась, по крайней мере на историческом примере социальной революции в России. Благодаря условиям, на которых здесь останавливаться более подробно у нас нет возможности, пролетарской революции пришлось в некотором отношении замедлить свой ход. После окончания гражданской войны, утвердившей за пролетариатом его важнейшие приобретения, пришлось перейти к формам более длительной борьбы с буржуазией непосредственно на экономическом фронте. Это так называемая новая экономическая политика, которая отличается от пройденной фазы „военного коммунизма" тем, что на-ряду с возвратом к товарному обращению и восстановлением в известных пределах частной собственности, между пролетариатом и буржуазией был заключен известный компромисс, который резко противопоставил эти два класса. Правда, господствующие центры крупной промышленности остались в руках пролетариата. Ему же принадлежит финансовый капитал и банковский кредит. Монополия внешней торговли и фактическое значение государственной промышленности на внутреннем рынке привели не только к жестокому стеснению частно-капиталистической деятельности, но и к возможности осуществления государственного плана народного хозяйства. Но все же, несмотря на диктатуру пролетариата, компромисс налицо, и хотя буржуазия оказалась на положении класса, лишенного права государственного представительства и поставленного на низшей ступени правовых градаций, однако не только мелкая, но отчасти крупная существует, и, совершенно естественно, в борьбе за свое положение стремится всеми силами к восстановлению принципов и начал буржуазного права.

Таким образом, помимо вопроса о правовой организации равенства и неравенства среди социалистического общества, возникает новый вопрос, который обусловлен тем, что нам приходится пока еще жить и действовать в условиях классового строя. Это вопрос о той линии, которая должна пройти и в действительности проходит между двумя лагерями, между буржуазией и частно-капиталистическим производством и оборотом, с одной стороны, и пролетариатом, как представителем социалистического хозяйства, с другой. Что этот вопрос подлежит рассмотрению также и с точки зрения права,

казалось бы, не может встретить возражений. Для того, чтобы сделать его совершенно бесспорным, достаточно проследить тот процесс, совершившийся у нас прямо на глазах, который непосредственно от господства буржуазного права с незначительной примесью фабричного законодательства привел нас через отчаянную гражданскую войну с ее сплошным обращением к политике и вооруженной силе к отмеченному уже нами компромиссу, где прежние противники так интересно поменялись ролями; вчерашний раб стал господином, а вчерашний господин стал на положение лишенного полных гражданских прав и подлежащего мерам государственного подавления гражданина второго ранга.

Правда, и здесь, в самом взрыве гражданской войны, нельзя не видеть известного правового момента, поскольку задавленный жестоким неравенством общественный класс ставит одной из целей своего восстания осуществление своих новых воззрений на необходимость „социального равенства". Это один из формальных моментов, который вплетается в качестве идеологической надстройки в самый процесс социальной революции. Не потому ли в свое время Энгельс (в Введении к „Борьбе классов во Франции") провозгласил „право на революцию" в качестве „единственного, действительно исторического права", даже „единственного права, на котором покоятся все новейшие государства". Как мы уже могли убедиться действительно, политическая борьба неоднократно принимает вид своего рода борьбы за право, в данном случае за свое классовое право против угнетателя, который является в своеобразном судебном поединке носителем своего, тоже классового, права. У нас в России, эта борьба, с правовой точки зрения, имела характер вооруженного спора, который в своей форме отнюдь не имел судебного характера. О праве на революцию можно было говорить сколько угодно до ее взрыва, но, в тот момент, когда обе стороны взялись за оружие, воюющие классы считались только со своим правом и меньше всего склонны были признавать по отношению к противнику какие-нибудь правовые сдержки. *И если каждая сторона внутри своих организаций осуществляла свое классовое право, то в междуклассовых отношениях никакого права больше не оставалось.*

Современные войны вообще лишены правового характера в отношениях между воюющими сторонами. Здесь мы переходим целиком на почву голого факта и подчас факта, в высокой степени тяжелого. При истреблении противника более не ограничиваются одними вооруженными силами, а стремятся к победе путем истребления по возможности всего населения противника. Как известно, гражданские войны, или войны междоусобные отличаются издавна ана-

логичным характером. В силу целого ряда бытовых и психологических причин, они обнаруживают безмерное ожесточение и стремятся к уничтожению противника всеми дозволенными и недозволенными средствами, так как здесь дело осложняется нахождением воюющих сторон не только на одной и той же территории, но буквально вперемежку друг с другом, так что фронт каждого из воюющих перемешивается с его тылом, а методы открытой борьбы сменяются террором, заговорами, восстаниями и тайной организацией. При таких условиях говорить о междуклассовом праве совершенно не приходится. И можно сказать, что здесь господствует политика в своей, наиболее обнаженной форме.

Если мы обратимся теперь к положению буржуазии и восставших против нее рабочих масс и крестьянских низов в начале Октябрьской революции, то мы увидим, что в гражданской войне целиком была использована идея диктатуры и террора как с одной, так и с другой стороны. Характерным здесь является факт отношения к захваченным в плен врагам, а в особенности к руководителям и командирам противной стороны. Здесь применялись меры исключительно военной необходимости, которые были направлены к полному уничтожению противника. Поэтому, по общему правилу, пленных не брали, они безжалостно уничтожались, но, с другой стороны, довольно легко совершался переход с одной стороны на другую и зачисление вчерашних врагов в ряды бойцов их противников. Такое же „фактическое“ отношение господствовало и вообще по отношению к противному классу. Поэтому и пролетариат считал себя в праве не только национализировать имущество противников, что вполне входило в социальную программу и состав правовых требований восставших, но и непосредственно истреблять это имущество, обессиливать тыл противника путем разрушения его экономической базы, а, следовательно, совершенно не считаться, или минимально считаться с интересами и нуждами тех элементов враждебного класса, которые в силу случайности оказывались под непосредственным влиянием и властью революционных войск и вообще организаций восставших рабочих и крестьян. Такое положение вещей было естественным результатом гражданской войны двух классов, из которых каждый считал только себя носителем власти и права и целиком отрицал это за противником.

Но положение резко изменилось с того момента, когда одна из борющихся сторон почувствовала себя в обладании государственной территорией и в силу этого свое классовое право стала воздвигать в качестве основного и, вначале единственного момента нового правопорядка. Из положения воюющей стороны революция перешла на положе-

ние единственной государственной организации. Для нее буржуа, даже восстающие против ее власти при помощи оружия, перестали быть членами другого, чуждого ей, социального образования в виде, хотя бы, обрывков и фрагментов старой империи. На этом основании, классовый противник теряет характер существа, стоящего вне правового общения новой советской государственности. С точки зрения нового правопорядка, он почитается уже не воюющей стороною, по отношению которой один закон — пуля, но советским гражданином, который, в силу факта нахождения на территории государства Советов, тем самым считается принятым в правовое общение и, следовательно, обязанным к осуществлению целого ряда обязанностей к новой государственной власти. Здесь власть отказывается от своего единственного орудия — силы и переходит на правовую почву, хотя бы даже захваченный в плен противник и не признавал ни права, ни власти победителя над собою. Однако это нисколько не мешало нашей власти объявлять своих вооруженных противников „мятежниками" и „бунтовщиками", которые уже были не на положении пленных, подлежащих или уничтожению, или зачислению в свой состав, но на положении преступников, подлежащих уголовному суду и преследованию, сообразно тягости совершенного ими преступления.

Такое превращение члена воюющей стороны в „бунтовщика" или „мятежника", а другими словами, в государственного преступника тем замечательнее, что к этому приему обращались и белые войска со своими правительствами, когда они чувствовали себя в обладании хотя бы временной победы. Мы здесь встречаем, несомненно, любобытную правовую фикцию, которая связана с современным государством: чья власть, того и право, по крайней мере, в смысле общего правопорядка. И власть навязывает свой правопорядок даже тому, кто совершенно не желает с ним считаться. Таково было, между прочим, положение революционеров и революционных партий, когда они восставали против царской власти и оказывались на скамье подсудимых. Когда они прибегали к полному отрицанию обязательности для себя царского права и судов, то их, тем не менее, судили при помощи чуждого им права, опираясь на стоящую за этим правом силу и власть. В конце междоусобной войны роли переменились, и власть Советов к захваченным в бою противникам отнеслась, как к мятежникам, а, следовательно, и преступникам против своего права. Само собой разумеется, что такой переход к праву, в виде уголовного суда, далеко не представляется сколько-нибудь устойчивым, и это насильственно применяемое право, отнюдь не носит тех черт правового компромисса, которые составляют сущность

„общего“ права. Поэтому на этой стадии образования правоотношений между двумя классами еще говорить о правопорядке нельзя. Здесь только субъективное пролетарское право.

Совершенно иное дело, когда гражданская война закончилась, а вместе с тем была провозглашена новая экономическая политика, установившая известный социальный мир между классом - победителем и классом побежденным. Ибо тут мы имеем переход к известному компромиссу и к восстановлению некоторых институтов классового права противника в качестве составной части правопорядка. Здесь действует уже не один штык или сила, но своего рода, молчаливое соглашение, по которому, навстречу красной власти, идут различные „красные“ купцы, предприниматели, кустари, собственники и тому подобные нетрудовые слои, которые и принимают объявление основных гражданских прав в качестве правового соглашения с пролетариатом и его союзником — трудовым крестьянством. С этого момента была проведена линия, определяющая неравенство между крупнейшими классовыми группами, и обоснована регулирующая справедливость, в основе которой, как господствующее право, лежит право пролетариата и его трудовой принцип, а в рамках, установленных первым, осуществляется классовое право буржуазии с теми ограничениями, какие вытекали из нового мерила коллективной собственности и победоносного труда.

Так родилось междуклассовое право в республиках Советов.

## VIII.

## Советское право.

Благодаря Октябрьской революции, классовое право пролетариата легло в основу нового правопорядка. В законодательстве Советов мы имеем самые различные обозначения этого нового правопорядка. То он называется „революционным правом“ (Гражданский кодекс, ст. 59, прим. 1-е), то он носит наименование „твердых основ революционного правосознания“, „революционного правопорядка“ или „социалистического правосознания“ (Уголовный кодекс, постановление В.Ц.И.К., ст. ст. 5, 9), то он разлагается на „общие начала советского законодательства и общую политику Рабоче - крестьянского правительства“ (Гражданский процессуальный кодекс, ст. 4-я) — во всех этих случаях, однако, мы одинаково встречаемся с понятием, которое радикально противоположно старому порядку буржуазного общества и, именно в силу этого, новый порядок обозначается как „пра-

вовой“, с одной стороны, и, как „революционный“ и „социалистический“, с другой. В высшей степени характерно, что в этих обозначениях совершенно устранен строго классовый порядок пролетарского права, хотя в одном из своих более ранних постановлений Народный Комиссариат Юстиции отметил классовый характер права и дал с этой точки зрения его определение. Приведем это определение. Согласно ему, „право—это система (порядок) общественных отношений, соответствующая интересам господствующего класса и охраняемая организованной его силой“. (Постановление Наркомюста от 12 декабря 1919 г.) Как очевидно, в этом определении права по существу не имеется никакого определения права, так как таким же принудительным порядком общественных отношений может быть в одинаковой степени и религия, и мораль, и соответственная техническая организация, и экономический порядок, и политический строй. Но в этом определении важно указание на „господствующий класс“, хотя и не указывается, какой класс здесь имеется в виду. Это выясняется впрочем, из введения к тому же постановлению, где отмечается завоевание пролетариата и уничтожение им „всех кодексов буржуазных законов“ и „всего буржуазного права, как системы норм (правил, формул), организованной силой поддерживавших равновесие интересов общественных классов, в угоду господствующим классам (буржуазии и помещиков)“.

Мы не будем здесь специально останавливаться на теории, официально высказанной в данном случае от имени Наркомюста, автором которой является, если не ошибаемся, тогдашний заместитель Народного Комиссара Юстиции П. Стучка. По этой теории пролетариат, как и вообще любой класс, находящийся на положении угнетаемого, своего права не имеет и в революцию права не вносит, вообще никакой борьбы за право в революционном процессе не ведет. Согласно этому учению, российская социальная революция также не принесла с собой никакого права: „Без особых правил, без кодексов, вооруженный народ справлялся и справляется со своими угнетателями. В процессе борьбы со своими классовыми врагами пролетариат применяет те или другие меры насилия, но применяет их на первых порах без особой системы, от случая к случаю, неорганизованно. Опыт борьбы однако приучает его к мерам общим, приводит к системе, рождает новое право. Почти два года этой борьбы дают уже возможность подвести итоги конкретному проявлению пролетарского права, сделать из него выводы и необходимые обобщения“... Так, „в интересах экономии сил, согласования и централизации разрозненных действий, пролетариат должен выработать правила обуздания своих классовых врагов, создать метод борьбы со сво-

ими врагами и научиться им владеть". Право здесь понимается исключительно, как „функция государства". (Постановление 12 декабря 1919 г.)

Мы не считаем здесь возможным полемизировать с возрождением, в данном случае, тех учений, которые были выработаны буржуазией в эпоху торжества ее государственного господства. Отождествление права и власти является характерным моментом этой теории. Вместе с тем, как видно из вышеприведенных строк, эта теория даже не отличает права и правового порядка от понятия порядка вообще и даже порядка осуществления борьбы и применения мер насилия в частности. С этой точки зрения, всякий „порядок", который несет с собою та или иная вооруженная армия современного государства, в виде порядка применения бомбардировки, расстрелов, реквизиций, захвата заложников и военного террора вообще — все это является правовым порядком... Возражать против такой теории нам представляется совершенно излишним, тем более, что, как видно из приведенного нами выше материала и положений марксистской теории, подобная точка зрения совершенно не оправдывается ни фактически, ни теоретически, а судья, который возомнил бы себя живым пулеметом, действующим исключительно в порядке насилия, менее всего получил бы одобрение того же самого Наркомюста [1]). Но дело в том, что самые факты, данные развитием Октябрьской революции, жестоко противоречат приведенной здесь теории и совершенно иначе освещают то наименование нового правопорядка, которое мы почерпнули выше из самых различных кодексов.

Дело в том, что уже 24 ноября 1917 года Совет Народных Комиссаров упразднил все старые, до тех пор существовавшие, „общие судебные установления... Военные и морские суды всех наименований, а также коммерческие суды, заменяя все эти установления судами, образуемыми на основании демократических выборов". Вместе с тем этим судам было предложено обратиться к „революционной совести и революционному правосознанию" и лишь постольку „руководствоваться в своих решениях и приговорах законами свергнутых правительств", „поскольку таковые не отменены революцией и не противоречат революционной совести и революционному правосознанию". Такое признание наличности „революционной совести и революционного правосознания" повлекло за собою и другие мероприятия; так был открыт широкий доступ обращения к третейскому суду по „всем спорным гражданским, а также и частно-уголовным делам", что же касается как раз мер „борьбы против контр-

---

[1]) Согласно ст. 413 Уг. Проц. Кодекса, одним из поводов для кассации приговора является его „явная несправедливость".

революционных сил в видах принятия мер ограждения от них революции и ее завоеваний, а равно для решения дел о борьбе с мародерством и хищничеством, саботажем и прочими злоупотреблениями торговцев, промышленников, чиновников и прочих лиц, „то здесь состоялось обращение к другим огранам“; согласно тому же акту: „учреждаются рабочие и крестьянские революционные трибуналы... избираемые губернскими или городскими советами Р. С. Кр. Депутатов“. (Декрет о суде, ст. ст. 1, 5, 6 и 8.)

Этот декрет о суде 24 ноября 1917 года чрезвычайно важен для решения нашего вопроса. Во-первых, он подтверждает наличность „революционной совести“, „революционного правосознания“ уже в самые первые дни революции, но отнюдь не через два года после ее наступления, как это говорит Наркомюст в приведенном выше постановлении. Таким образом правосознание создалось отнюдь не в качестве какого-то обобщения самого порядка ведения борьбы и применения насильственных средств, но имелось в наличности уже в ноябре месяце 1917 года, а следовательно было рождено даже не самым актом революции, так как правосознание отнюдь не делается в одну минуту, а складывается в каждом отдельном классе в результате экономических условий его существования и лишь получает возможность открытого и полного обнаружения, скажем даже точнее, официального обнаружения в результате победоносной революции. Революционные массы должны были обладать правосознанием уже до революции для того, чтобы на призыв Совета Народных Комиссаров ответить полной способностью применить его на деле в чрезвычайно широком объеме и восполнить деятельность уничтоженных судов. Впоследствии, когда согласно положению о народном суде от 30 ноября 1918 г. было издано запрещение ссылаться „на законы свергнутых правительств“, тем не менее „в случае отсутствия соответствующего декрета или неполноты такового“ судам предлагалось „руководствоваться социалистическим правосознанием“ (ст. 22). То же подтверждено положением о народном суде 21 окт. 1920 г. (ст. 22).

Первоначальный декрет о суде, впрочем, дает и второе доказательство правильности нашего взгляда на характер нового правопорядка и его происхождение. А именно в целях утверждения „революционного правосознания“ он отнюдь не требует, чтобы во всех гражданских и частно-уголовных отношениях граждане и народные судьи немедленно вооружались пулеметами и применяли те „меры насилия“, о которых говорит Постановление Наркомюста от 12 декабря 1919 года. Наоборот, он разрешает широкое использование третейского разбирательства, а последнее, как известно, менее всего состоит в применении „мер наси-

лия“. Ибо третейские судьи выбираются по соглашению сторон, решение их осуществляется на деле благодаря тому же согласию сторон, а следовательно и весь процесс от начала до конца основан отнюдь не на „мерах насилия“, но самой настоящей добровольности, которая в свою очередь не только не мешает, но, наоборот, способствует широкому проявлению и „революционной совести“ и „революционного правосознания“. И последующая регламентация третейского суда, как она сложилась даже в эпоху кодификации гражданского процесса, показывает нам, что доверие законодателя к третейским судам впоследствии, не поколебалось, так как действительность третейского разбирательства обусловливается лишь регистрацией третейской записи или, говоря другими словами, „соглашения сторон о разборе их спора по гражданскому праву третейским судом“ регистрируются и лишь в тех случаях, когда исполнение третейского решения должно быть обеспечено выдачей исполнительного листа, „народный судья удостоверяется, что решение вынесено в соответствии с требованиями, установленными для третейских судов и вообще не противоречит закону“. (Гражданский проц. кодекс Р.С.Ф.С.Р., ст. ст. 199, 201, 202. Ср. Положение о третейском суде 1924 г.)

Первоначальный декрет о суде дает нам, однако, и еще новое, третье положение, которое явно опровергает теорию Наркомюста о происхождении права непосредственно из самой революционной борьбы, а в частности тех „мер насилия“, которыми пролетариат отвечал на контр-революционную борьбу своих классовых врагов. Факты показывают совершенно иное. Практика наших революционных учреждений с самого начала провела резкую линию между деятельностью права и судоговорения и деятельностью по борьбе против контр-революции. И если, с одной стороны, у нас были организованы народные суды и разрешены третейские, то, с другой стороны, с первых дней революции были созданы органы, которые менее всего должны были представлять собой правопорядок и заботиться о его толковании. Это — органы борьбы; и трибуналы были созданы именно в целях применения „мер насилия“. Здесь было не до права и не до его толкования. Как совершенно правильно установил это еще первый декрет о суде, делом трибуналов было „принятие мер ограждения революции и ее завоеваний“, „решение дел о борьбе с мародерством и хищничеством, саботажем и прочими злоупотреблениями“. Трибуналы не суть обычные народные суды, но чрезвычайные органы, которые и работают при помощи различных чрезвычайных вспомогательных учреждений, в роде бывшей в свое время Чрезвычайной Комиссии. И мы должны признать, что разделение между правовой функцией народных судов и боевой функцией три-

буналов является одним из признаков высокого понимания самого существа права со стороны первого Совнаркома Р.С.Ф.С.Р. Если же впоследствии мы возвратились к единому народному суду и единому уголовному кодексу, то это произошло не потому, чтобы народные суды выработали какой-то особенный правовой порядок в деле борьбы с контр-революцией, а потому, что борьба с контр-революцией потеряла свою остроту, а следовательно прежние органы подавления и борьбы с нею — и чрезвычайные комиссии и трибуналы—оказались излишними, а следовательно право и общий суд смогли занять то место, где раньше без всяких ограничений господствовала политика и созданный ею факт.

Если мы ознакомимся теперь, хотя бы самым беглым образом, с первыми актами Советской власти, то мы и здесь встретимся с тем же явлением, которое мы отметили на факте обращения к революционному правосознанию. Оно не только существовало, как правовая форма классовой идеологии, но и заключало в себе совершенно конкретные требования, столь характерные именно для всякого права. Эти требования были достаточно ярко выражены в декларации прав трудящегося и эксплоатируемого народа, принятой III Всероссийским Съездом Советов в январе 1918 года. Здесь мы находим воплощение всех основных положений революционной партии промышленного пролетариата с теми дополнениями, которые были продиктованы его союзом с трудовым крестьянством. Здесь мы имеем в качестве основной задачи „уничтожение всякой эксплоатации человека человеком, полное устранение деления общества на классы, беспощадное подавление эксплоататоров, установление социалистической организации общества и победы социализма во всех странах“. Все это как будто прямо взято из программы прежних социал-демократов большевиков, впоследствии коммунистов, которые в этом отношении следуют Коммунистическому Манифесту Первого Интернационала. Дальнейшие пункты декларации — опять-таки в полном согласии с классовым сознанием пролетариата — требуют и „осуществления социализации земли“, и отмены „частной собственности на землю“, и национализации „всех лесов, недр и вод общегосударственного значения“, и „полного перехода фабрик, заводов, рудников, железных дорог“ и т. п. в собственность Советской Рабоче-Крестьянской Республики и т. д. Мы не будем здесь останавливаться на подробном перечислении всех указанных „прав“, они достаточно известны не только гражданам Советской России, но и за границей, мы отметим лишь, что как раз первое время советского законодательства дает исчерпывающую картину законодательства в таком социалистическом духе, вплоть до введения „все-

общей трудовой повинности“ и полного запрещения частнокапиталистического торгового оборота. Само собой разумеется, что одним из первых актов Советской власти (29 октября 1917 г.) был декрет о введении 8-часового рабочего дня и улучшении условий промышленного труда.

Правовое содержание обнародованных в декларации „прав“ трудящихся не подлежит никакому сомнению. Однако как декларация, так и другие акты революционного правительства, отнюдь не были воплощением одного пролетарского права. Задолго до декларации прав были уже обнародованы II Всероссийским Съездом декреты, в которых заключается самый подлинный союз между рабочими и крестьянами. Как раз третий декрет о земле является подробной формулировкой тех специально крестьянских правовых требований, которые впоследствии и были воплощены в первом же земельном кодексе. В упомянутом декрете от 26 октября 1917 года провозглашается прежде всего ряд положений относительно отмены частной собственности на землю, затем же „для руководства по осуществлению великих земельных преобразований“ рекомендуется сводный „крестьянский наказ, составленный на основании 242 местных крестьянских наказов“. Наказ, состоящий из основных восьми пунктов, рисующий уравнительное землепользование так же, как передачу „в исключительное пользование государства“ известных сельскохозяйственных предприятий и земельных участков с высоко культурными хозяйствами, начинается формулой, не оставляющей никаких сомнений в правовом характере крестьянских пожеланий. Она гласит: „Самое справедливое разрешение земельного вопроса должно быть таково“... „Самое справедливое“ — это обращение к справедливости в начале „крестьянского наказа о земле“ в высшей степени характерно. Оно подтверждает не только вековую преемственность крестьянской справедливости, начиная с великих мужицких войн и аграрных революций, но и показывает, что свои требования наши революционные крестьяне ставили отнюдь не как выражение временных хозяйственных интересов, но как вывод из сознания классового права, как оно сложилось в духе старой мужицкой „правды-справедливости“. Само собой разумеется, что говорить здесь о рождении крестьянских правовых требований в результате двухлетней политики истребления буржуазии совершенно не приходится. *Подобно пролетариату и крестьяне пришли в революцию со своим классовым правом.*

Первую эпоху советского законодательства обычно охватывают понятием военного коммунизма. Это совершенно верно. Наш послереволюционный коммунизм был в значительной степени обусловлен и гражданской войной, и между-

народной блокадой, и борьбою против бесчисленных интервенций на фронте в тысячи километров. Советская Россия, как осажденная крепость, была принуждена в такой же степени к „военному коммунизму“, как к нему необходимо вынуждается всякая крепость и при аналогичных условиях всякая страна. Во время империалистической войны можно было не раз наблюдать среди воюющих факт установления подобного же крепостного режима в довольно широких размерах. Они охватывали собой и крупные стеснения частной собственности, и ограничения торгового оборота, и уничтожение свободы передвижения и труда, одним словом, нечто, что многие писатели и политики называли военным „социализмом“. Нельзя однако приравнивать подобный „военно-социалистический“ режим к тем порядкам, которые были установлены у нас в эпоху войн и блокады под именем военного коммунизма. По существу в подобных мероприятиях у нас нельзя не видеть чего-то резко отличного от западно-европейского военного порядка. Между политикой какой-нибудь Германии в ее худшие времена и деятельностью Советской России в 1918—19 гг. лежит целая пропасть. Ибо наш военный коммунизм был в то же время осуществлением революционных требований рабочих и крестьян. Экономические интересы и политические программы были в значительной степени сдобрены требованиями права, которые в эпоху военного коммунизма достигли в некоторых пунктах высшего завершения. И если неравенство в данную эпоху обусловливалось в значительной степени общим поравнением перед войной, разрухой и голодом, то в самые формы неравенства была влита новая мерка — трудового начала.

Упразднение частной собственности и запрещение частного торгового оборота перенесло сразу же важнейшие правовые интересы в область труда, с одной стороны, и сообразного ему распределения хозяйственных благ, а из всех продуктов производства в первую голову предметов продовольствия. И здесь мы видим менее всего тот порядок распределения рационов, который характеризует собой режим любой осажденной крепости. Наоборот, первые кодексы совершенно определенно становятся на путь классовой справедливости. Принцип, гласящий — „не трудящийся да не ест“, нашедший впоследствии свое место в первой Советской Конституции, был не только одной фразой. В первом Кодексе труда он находил свое подлинное выражение. „Для всех граждан Р.С.Ф.С.Р... устанавливается трудовая повинность“. Так гласит ст. 1-я Кодекса законов о труде от 29 октября 1918 года. Освобождены от трудовой повинности были только лица нетрудоспособные вследствие возраста, увечья или болезни. Вознаграждение за труд устанавливалось согласно

предписаниям Кодекса под непосредственным руководством профессиональных союзов и Народного Комиссариата Труда. Обязанности трудиться по Кодексу соответствовало и особое „право на применение труда“. Это право „имеют в первую очередь лица, обязанные трудовой повинностью“, при чем оно дополняется новым правом, а именно „правом на применение труда по своей специальности и вознаграждение, установленное для этого рода работы“. Вытекающеее из трудовой повинности „осуществление права на труд обеспечивается отделами распределения рабочей силы, профессиональными союзами и всеми учреждениями Р.С.Ф.С.Р.“ (ст. ст. 10, 11, 15). Так было осуществлено основное правовое требование пролетариата о введении трудовой повинности, уравнявшей всех граждан Советской Республики перед общей обязанностью труда и одарившей их правом на его применение.

Равенство трудящихся создает и необходимое неравенство: во-первых, между трудящимися различных категорий, что учитывается путем различия в размерах вознаграждения, получаемого трудящимся за работу, а во-вторых, между трудящимися и нетрудящимися. Что касается последних, то по первому Кодексу о труде они в свою очередь разделялись на несколько разрядов. Все они по закону признавались „безработными“, при чем одни из таких безработных пользовались пособиями, другие же были исключены из пользования „правами безработных“. К последнему разряду принадлежали лица, уклонявшиеся от трудовой повинности и не принимающие предоставляемой им работы, лица, уклонившиеся от регистрации в отделе распределения рабочей силы и, наконец, лица, самовольно оставившие работу. (Приложение к статье 79-й Кодекса.) Это разделение на трудящихся и безработных, поскольку последние уклоняются от несения трудовой повинности, совпадает с другим разделением, которое мы находим в Конституции Р.С.Ф.С.Р. Здесь подобное различение совпадает с разделением на граждан, имеющих право на участие в выборах и лишенных этого права. В последнюю категорию входят как раз лица, остающиеся вне общего трудового порядка и продолжающие деятельность, определенную старым, казалось бы, упраздненным и отмененным правом. Ибо сюда входят „лица, прибегающие к наемному труду с целью извлечения прибыли; лица, живущие на нетрудовой доход... частные торговцы, торговые и коммерческие посредники; монахи и духовные служители церквей и религиозных культов“ и т. п. Следовательно, в общем и целом люди, как бы стоящие в каком-то другом мире рядом с миром пролетарского труда и, несмотря на отмену буржуазных порядков, так или иначе продолжающие жить и действовать по нормам старого классового общества.

Конечно, сопоставление Кодекса о труде и статьи 65-й Конституции Р.С.Ф.С.Р. порождает известное противоречие. Ибо, если все граждане действительно стали трудящимися и по Кодексу о труде несут свои трудовые повинности, то они этим самым входят в категорию тех людей, „добывающих средства к жизни производительным и общественно-полезным трудом“, которым предоставлено право выборов в Советы. Если же они уклоняются от труда, а следовательно без законных причин оказываются безработными или, иначе говоря, уклоняющимися от несения государством возложенного долга, то в таком случае они подлежат соответственному взысканию, как дезертиры труда, и должны нести соответственные репрессии. В высшей степени любопытно отметить, как было разрешено подобное противоречие. Дезертиры труда не были подвергнуты никакому специальному уголовному взысканию. Они с этой стороны оказывались безнаказанными. Но их злостная „безработность“ была достаточным основанием не только для лишения их „прав безработных“, состоящих в получении пособия, социального обеспечения и т. п., но и в зачислении их в особую социальную группу, отмеченную нами выше по 65-й статье Конституции, т.-е. в группу так называемой буржуазии. Безработность в известном смысле, таким образом, совпадает с понятием буржуа и этим самым ставит его на особое положение в пользовании вообще всеми гражданскими правами. Более того — в качестве лица, принадлежащего враждебному классу, такой безработный буржуа подлежит всем репрессиям, которые время военного коммунизма обрушивало на своих классовых врагов. Размеры и содержание этих репрессий общеизвестны: это были не только конфискации и реквизиции, но обложения специальными ставками чрезвычайных налогов, лишение права пользования квартирами и обстановкой, высылка в лагери принудительных работ, закрытие доступа в учебные заведения и т. д., вплоть до возможности попасть в разряд заложников и опасности расстрела в качестве такового.

Такова первая черта линии, проходящей между классом пролетариата и буржуазии, и надо ей в одном отношении отдать справедливость: она, во-первых, воплощает довольно точно *требования равного права для равных и неравного для неравных с точки зрения правовой идеологии пролетариата*, а, во-вторых, не ищет и не заключает никакого компромисса с буржуазией, право которой непосредственно подвергается отрицанию и, поскольку возможно, уничтожению. Пролетариат стремится к воплощению именно своего трудового порядка на основе хозяйственного базиса социализированных орудий производства, и если ведет в это время ожесточенную

борьбу с буржуазией, в строй которой он вторгается, то это делается во имя чистых и принципиальных требований трудового мировоззрения. Военный коммунизм есть, таким образом, вместе с тем и пролетарский коммунизм, и нет никакого сомнения, что в случае победы социальной революции на Западе, непосредственно из недр нашего военного коммунизма вырос бы и тот высший строй переходного времени, который одинаково рисовался и Марксу, и Ленину в виде не только диктатуры пролетариата, но и следующей ступени, ведущей к приближению коммунистического общества. Для нас здесь важно установить одно: правовая система пролетариата не только не возникла, как обобщение мер репрессии против буржуазии в конце второго года, но, наоборот, в наиболее чистой форме предстала перед нами в Кодексе труда, который в полном соответствии с ст. 18-й Конституции Р.С.Ф.С.Р. применил лозунг: „нетрудящийся да не ест“.

Подобный же вывод придется нам сделать и на основе знакомства с теми декретами, которые регулировали в эпоху военного коммунизма распределение различных благ между населением. Уже через год после Октябрьского переворота настолько была завершена национализация производства и обмена в Республике Советов, что был издан декрет от 24 ноября 1918 года, где говорилось: „В целях замены частно-торгового аппарата и для планомерного снабжения населения всеми продуктами из советских и кооперативных распределительных пунктов на Народный Комиссариат Продовольствия (Компрод) возлагается заготовка всех продуктов, служащих для личного потребления и домашнего хозяйства“. (Ст. 1-я). В результате такого постановления все распределение „продуктов, вырабатываемых на национализированных фабриках и заводах и других предприятиях, а равно и на предприятиях, взятых на учет“ поступило в ведение государства, а вся страна получила характер социалистической организации трудящихся, где взамен за труд каждого гражданина он получал соответственную долю участия в общем потреблении. Правда, здесь не был введен квитанционный порядок (трудовые квитанции), но их вполне заменяли советские разменные знаки, которые выдавались в виде заработной платы и затем шли в обмен в государственные предприятия на различные, подлежащие распределению продукты. Лишнее говорить, что разменные знаки приобрели значение, аналогичное трудовым квитанциям только потому, что одновременно была введена карточная система, которая строго определяла количество продуктов, подлежащее выдаче каждому гражданину.

В целях установления пропорционального равенства между гражданами сообразно тяжести понесенного ими труда

был введен так называемый классовый принцип в карточную систему, который впоследствии был систематизирован на основе декрета „о введении трудового продовольственного пайка“. Как сказано в нем, он был издан „в целях установления более единообразного распределения предметов питания среди трудового населения городов, фабрично-заводских центров и неземледельческого населения сельских местностей, а также в целях поднятия трудоспособности и производительности его труда“. В этих целях было постановлено „производить распределение предметов питания среди трудового населения, по единообразной для всей Республике системе, установив выдачи продовольственного пайка за действительно проработанные дни и дни установленного тарифом отдыха“ по отдельным категориям. На первый план были выдвинуты „рабочие физического труда, занятые в советских предприятиях и учреждениях“. Во вторую категорию были зачислены „лица, занятые умственным и конторским трудом“ в тех же установлениях Наконец, на третье место были поставлены „лица, занятые в частных предприятиях, учреждениях и хозяйствах, не эксплоатирующие чужого труда“. Пропорция между нормами пайка для лиц первой и второй группы была установлена как четыре к трем. Эта пропорция изменялась лишь в тех случаях, где шло дело „об особо тяжелом или вредном виде труда“, и „об особо квалифицированных видах умственного труда“. Что же касается сельского населения, то там точно так же была установлена твердая норма, как для личного потребления, так и хозяйственных надобностей, все же продукты сверх этого в качестве „излишков“ поступали в государственный фонд. Бедняки были совершенно освобождены от всякого натурального налога, так как никакого излишка у них не было. (Декрет 30 октября 1918 года.)

Эту систему социалистического производства и снабжения надо еще дополнить указанием на то, что пользование весьма ценными благами, находящимися в руках государства, было сделано совершенно бесплатным и подлежащим только определенному административному регулированию. Таково пользование квартирами и жилищами, путями сообщения в виде железнодорожного и трамвайного сообщения, также как почтами и телеграфом, коммунальными услугами, освещением и водоснабжением, медицинской помощью, государственными школами и учебными заведениями всех типов, театрами и т. п. В таком широком объеме благ, подлежащих безвозмездному пользованию со стороны населения, нельзя не видеть мер, которые далеко выходили за пределы того военного социализма, который был установлен в виде крепостного режима и за границей. Здесь бесспорно имеются

черты осуществления социалистических начал, которые были необходимо принесены в революцию победившим пролетариатом. Согласно именно требованиям этого класса „все граждане превращаются здесь в служащих по найму у государства, каковым являются вооруженные рабочие. Все граждане становятся служащими и рабочими одного всенародного, государственного „синдиката“. Все дело в том, чтобы они работали поровну, правильно соблюдая меру работы, и получали поровну“... В таком случае все общество становится „одной конторой и одной фабрикой с равенством труда и равенством платы“. И хотя здесь социализм „не может еще быть экономически вполне зрелым, вполне свободным от традиций или следов капитализма“; а следовательно при коммунизме в его первой социалистической фазе сохраняется еще „узкий горизонт буржуазного права“, а в виду наличности классового разделения „и буржуазное государство“, — хотя и без буржуазии, — но тем не менее нельзя не видеть, что в таком социаластическом применении начал равенства воплощаются требования пролетарского права в его наиболее чистой классовой форме, поскольку это вообще возможно в переходную эпоху. (Ленин. „Государство и революция“, 1919 г., стр. 126—128.)

Правовой строй военного коммунизма, который был вместе с тем опытом довольно высокого развития социалистического хозяйства, должен был уступить место так называемой новой экономической политике, далеко не только потому, что окончилась гражданская война и связанная с ней интервенция. Дело в том, что обнищание страны было настолько катастрофическим, что пришлось и вообще отступить несколько назад и обратиться к восполнению некоторых пробелов предшествующего к социализму переходного порядка. Другими словами, пришлось особенно под давлением крестьянства, усилить ту примесь буржуазного права и буржуазной государственности, которые и без того естественно входили в состав социалистического правопорядка. Под влиянием необходимости новая экономическая политика повлекла за собой не только дух буржуазного права, его „узость“ и созданную буржуазией бюрократию, но и известное воскрешение буржуазии в качестве класса, хотя только терпимого и ограниченного, но тем не менее в известной степени признанного в хозяйственной независимости. Замена социалистического распределения торговым оборотом сразу придала буржуазно-правовой характер всему процессу распределения. Расширение деятельности частного хозяйства повлекло за собой с неменьшей необходимостью восстановление частной собственности там, где она по существу была уже вытеснена собственностью коллективной. Как известно, за государством и коммунами остались лишь все наиболее

крупные отрасли промышленности и торговли, мелкая-же и средняя промышленность и торговля были в известных пределах возвращены частному предпринимателю и коммерсанту. Наступил порядок, который, впрочем, не являлся новостью для вождей российской революции. Не надо забывать, что Ленин до наступления военного коммунизма предвидел все основные черты так называемого НЭП'а и предсказал его в своем политическом предвидении.

Нам важно отметить здесь в интересах нашей темы нечто другое. Мы констатируем, во-первых, наличность права и притом классового пролетарского и крестьянского с самых первых дней революции. И при том права, не созданного ею, и тем более не родившегося через два года после ее начала в результате практики насилия. Но права, принесенного этими классами в революцию благодаря всей предшествующей классовой борьбе этих двух групп трудящихся. Во-вторых, мы должны отметить теперь другой факт: со времени новой экономической политики, на-ряду с остатками старого буржуазного права, выступает в качестве общественного фактора и буржуазия, которая открыто становится носителем своего буржуазного права и, насколько возможно борется за осуществление его начал в противность классовому праву рабочих и крестьян. Происходит новая социальная сдвижка, дающая политически картину диктатуры пролетариата в союзе с крестьянством над остатками буржуазии, а юридически некоторый компромисс трех классовых систем права, которые далеко не отражают политического соотношения сил. Последняя кодифиционная деятельность Советских республик является в высшей степени замечательной попыткой проведения правовых линий междуклассового соотношения на основах равенства и неравенства, которая должна выразить пропорциональное соотношение экономических и политических сил. Совершенство кодификации с точки зрения политики права определяется как раз тем, поскольку законодателю удалось создать адэкватную систему права, точно отражающую в своем идеологическом преломлении наличную действительность. В дальнейшем исследовании по мере сил мы и попробуем дать ответ на этот вопрос. Это возможно однако при тех методологических предпосылках, которые приняты нами в настоящем труде. Этот вопрос вообще не существует для сторонников полного отождествления идеологических форм права и власти.

Для приверженцев государственной теории права, которое в их глазах не имеет никакого формального характера или ему присущего идеологического уклона, дело решается очень просто. Право и власть одно и то же, а следовательно

то, что говорит право, это же самое определяет собою и власть. Правовые положения таким образом считаются в равной мере совпадающими с властью, как власть с правом. Отсюда делается вывод. С одной стороны, берется гражданский кодекс и его положения, с другой—диктатура пролетариата. Одно равно другому, следовательно диктатуру пролетариата можно выразить в статьях, обеспечивающих частную собственность, а с другой стороны, частная собственность есть не что иное как диктатура пролетариата. Открывая такую возможность взаимной подстановки, автор ее открывает вместе с тем и возможность как полного разрыва правовой ткани с одной стороны, так и совершенного разрушения классовой диктатуры, с другой. Действительно, тут возможны два выхода. С одной стороны, приверженец пролетариата, одержимый детской болезнью левизны, провозгласит: „гражданское право есть диктатура пролетариата, а следовательно оно существует лишь постольку, поскольку эта диктатура желает проявить себя. А так как диктатура есть власть неограниченная, то следовательно по существу никакого гражданского права нет, а есть только диктатура и усмотрение ее носителей“. Наоборот, сторонник буржуазии сделает из этого обратный вывод: „Так как диктатура пролетариата есть то же самое, что гражданское право, то следовательно она выражается именно в гражданском праве и в частной собственности. Всякое покушение на частную собственность есть поэтому покушение на диктатуру пролетариата“. Оба вывода одинаково неправильны, а практически известный мирный порядок взаимного сотрудничества и борьбы в легальных рамках рынка они заменяют возвратом к непримиримой противоположности интересов, а с нею вместе к гражданской войне.

Для нас вопрос о советском правопорядке получает другую форму. На первом плане здесь мы имеем определенные экономические условия, против коих не пойдешь. На эту экономику наслаивается классовый порядок, и он в свою очередь получает выражение в политической диктатуре пролетариата. И экономика, и диктатура в свою очередь отражаются в сложной правовой идеологии, которая по самому своему методу способна к весьма крупным извращениям. Отсюда рождается необходимая задача — исследование того, поскольку правовое отражение правильно или неправильно и с каким приближением отображает действительность. И этот вопрос далеко не ограничивается только теоретическим значением. Как мы уже могли убедиться на историческом материале, право обладает громадной силой косности и устойчивости. Последнее свойство приобретает особый социальный смысл именно потому, что право есть социальный метод наиболее простого компромисса,

построенного при помощи распределения власти и вещей по принципу равенства и неравенства. Подобная же организация общественных отношений в высокой степени содействует сглаживанию противоположности интересов и установлению компромиссного порядка. А так как при этом громадную роль играют свойственные правовой идеологии фикции и фантазмы, то этим усиливается косность права, которая получает возможность оторвать свою идеологию от действительности и при ее помощи оказать задерживающее влияние на развитие экономического процесса и связанной с ним классовой борьбы. В рамках наших условий право есть громадный аппарат умиротворения и примирения, который делает возможной наличность диктатуры пролетариата в крупно и мелко капиталистическом окружении, как во внутренних, так и внешних отражениях, но, с другой стороны, то же право может стать реакционной силой, которая закрепит переходный период в его нэповской форме сверх всякой действительной необходимости, даст простор буржуазному праву в объеме, который может нанести серьезный ущерб пролетарскому интересу и этим или замедлит ход „врастания" в коммунистическое общество или сделает необходимой новую революцию для освобождения пролетариата от незаметно въевшихся буржуазных сетей.

Начнем наш анализ с международного положения республик Советов, образовавшихся на территории бывшей империи и объединившихся в общий федеративный Союз. Как известно, долгое время между Советскими республиками и капиталистическими государствами отсутствовало всякое международное общение. Если не считать, конечно, интервенций и блокады, которые были отнюдь не мирными способами общения. Но и после прекращения того и другого международные отношения наладились далеко не сразу. Не было не только признания де-юре или правового общения, но почти не было и какого бы то ни было общения фактического — де-факто. И по существу такое положение вещей в известном смысле отвечало реальным классовым отношениям между господствующим в Советской России пролетариатом и властвующей в остальных государствах капиталистического мира буржуазией. Правовое общение началось вслед за фактическими связями, основанными отчасти на реальных интересах международного характера (репатриация пленных и т. п.), отчасти на интересах материального свойства и даже торговли (пути сообщения, торговый обмен). В результате таких связей родилось взаимное представительство интересов, которое в значительной степени осуществляло дипломатические функции, но было лишено правомочности в области международного права. Можно сравнить

подобное представительство и осуществляемые через него связи с теми переговорами и отношениями, которые и доныне порою ведутся с различными фактическими захватчиками и даже бандитами в тех случаях, когда, скажем, приходится выкупать у них различных пленников или платить им контрибуции и т. п. Аналогичные отношения устанавливаются между так называемыми культурными государствами и племенами дикарей или варварскими странами, стоящими ниже известного уровня. (Коровин, „Международное право переходного времени“ М. 1924 г., стр. 9, 15, 16, 17, 20, 23.)

Указанные нами отношения были выражением того действительного факта, что Советская Россия, с одной стороны, и буржуазные государства, с другой, стояли на почве друг друга радикально отрицающих воззрений. Буржуазия и пролетариат были всегда врагами, но это было скрыто под рамкой буржуазной государственности. Когда пролетариат взял в одной из стран мира власть в свои руки, то сразу обнаружилась классовая рознь, а исторически сложившиеся противники без всякого прикрытия стали друг против друга. Тем более такая рознь стала явной, что пролетариат России ни в чем не отказался от своей политической программы и коммунистических целей и совершенно открыто дал приют в своих стенах III Интернационалу, объединившему революционных рабочих всего мира. И хотя подобное международное положение было невыгодно соседям Советских республик и тяжело отражалось на хозяйственной жизни последних, однако нельзя не признать, что такое положение вещей было вполне нормальным с точки зрения той вековой классовой борьбы, которая в данном случае достигла международного выражения и междугосударственной остроты. Нельзя не отметить кстати, что новые принципы международной политики, провозглашенные Советами в первые дни революции в виде освобождения угнетенных наций и полного отказа от колониального угнетения, вместе с требованиями всеобщего разоружения и сокрушения империализма, могли только вызвать взрыв ненависти и негодования со стороны буржуазных государств, живущих милитаризмом, национальным угнетением, колониальной эксплоатацией и отчаянным соперничеством империалистского характера.

И тем не менее реальные обстоятельства — с одной стороны, материальные интересы, а с другой, давление рабочих масс привели к тому, что эти исконные и непримиримые враги—Советский Союз и буржуазные государства—вступили на почву правового общения. Союз был признан таким же субъектом, юридической личностью международного права, как и его исконные враги. С ним вступили, и он пошел на это,—

в договорные отношения. В области международных отношений было обосновано таким образом известное равенство, и Союз стал по общей формуле „одною из высоких договаривающихся сторон“. На этом основании было признано полноправное дипломатическое представительство, с тою однако разницей, что послы перестали олицетворять в своей особе представляемое им государство, а превратились в более соответствующее обстоятельствам дела представительство на началах доверенности и защиты интересов, подобно всякому уполномоченному или доверенному, в области гражданского права. Взаимная вражда, дающая равновесие на основе реального соотношения материальной мощи и военных сил, обладающих способностью дать моментальный уклон в ту и другую сторону, сменилась твердой связью прав и обязанностей, которые идеологически определяют поведение договаривающихся сторон вплоть до того времени, когда им опять-таки по взаимному соглашению будет угодно изменить раз установленный порядок. И с точки зрения международного права такое нарушение договорного равенства было бы уже не только политической или экономической необходимостью, но и подлинным нарушением международного права и справедливости. Так Советские республики вошли в область правового общения, приняли правовую идеологию как способ организации внешних отношений и сообразно с этим подчинили диктатуру пролетариата в сфере международной определенным правовым сдержкам. В высшей степени замечательно, что Советская Россия, в целях борьбы против угнетения слабых наций различными лигами и союзами великих держав, стала здесь на почву индивидуалистического принципа и полного равенства малых и больших государств в международном обороте. (Коровин, там же, стр. 45—47, 57.)

Вхождение Советского Союза в область международного права чрезвычайно ярко оттеняет природу права вообще и его отношения к власти. Прямо смехотворно было бы утверждать, что в этом договорном праве диктатура пролетариата является основанием всякого права и даже тождественна с ним. Нельзя даже принять, что размер договорных прав точно соответствует реальной силе диктатуры пролетариата, как власти, направляющей силы одной из великих держав мира. Ибо договоры заключаются вовсе не на основе точного взвешивания той или иной власти, а на основе весьма сложных причин, где играют значительную роль и своя собственная экономическая необходимость и удельный вес своего собственного пролетариата. Но точно так же опасны увлечения в другую сторону. Международное положение Союза отнюдь не определяется только одними ее договорами, и совершенно нелепой была бы попытка

исчерпать ее международное значение размером договоренных прав или предопределить будущие пути международной политики одною только буквой всевозможных международных соглашений. Наша внешняя политика до сих пор была лишена фетишизма права и умела нащупать те определяющие нервы, которые обусловливают собою фактический ход вещей. Правовая идеология здесь играла до сих пор ту дополнительную, второстепенную роль, которую она и должна играть. Коммунистическая партия оказалась партией реальных политиков в лучшем смысле этого слова и очень удачно использовала некоторые фикции права. В особенности удачным было здесь приятие европейских воззрений на различение между официальной правовой сферой и деятельностью политических партий, как свободных общественных образований.

Анализ нашего государственного права, к сожалению, вряд ли может нам представить такие же благоприятные результаты. При первом взгляде на Конституцию Союза здесь нельзя не видеть некоторого увлечения правовой конструкцией и правовыми отношениями. Этого нельзя было сказать про нашу первую конституцию Р.С.Ф.С.Р., которая очень определенно выдвинула на первый план именно диктатуру пролетариата, как основной момент всей организации Советов. Помещение в первых же ее главах декларации прав трудящегося и эксплоатируемого народа твердо установило социалистические основы рабоче-крестьянской республики, где „власть должна принадлежать целиком и исключительно трудящимся массам и их полномочному представительству — Советам“, так что признание национальной федерации, как „свободного союза свободных наций“, становилось исключительно делом „рабочих и крестьян каждой нации“. Этот же момент был подчеркнут и в других статьях конституции, где прямо говорилось об „установлении диктатуры городского и сельского пролетариата и беднейшего крестьянства в виде мощной всероссийской Советской власти, в целях полного подавления буржуазии, уничтожения эксплоатации человека человеком и водворения социализма“. С этой стороны Российская республика была „свободным социалистическим обществом всех трудящихся России“, а „вся власть в пределах Р.С.Ф.С.Р.“ объявлялась принадлежащей „всему рабочему населению страны, объединенному в городских и сельских советах“. (Конституция, ст. 7, 8, 9, 10.)

Лишь на втором месте был поставлен принцип национальной федерации, который заключал в себе „равенство и суверенность народов России. Право народов России на свободное самоопределение вплоть до отделения и образования самостоятельного государства. Отмену всех и всяких национальных и национально-религиозных привилегий и огра-

ничений и свободное развитие национальных меньшинств и этнографических групп, населяющих территорию России". (Декларация прав народов России от 2 ноября 1917 года.) Только путем развития этих начал предполагалось „спаять рабочих и крестьян народов России в одну революционную силу, способную устоять против всяких покушений со стороны империалистско - аннексионистской буржуазии"... И действительно, как показывает самый поверхностный обзор национальной политики Советов, они по мере укрепления советского строя осуществили широкую политику не только национальной терпимости и освобождения, но и в полном смысле слова возрождения. На протяжении немногих лет совершилось удивительное превращение на территории, занятой Республикой Советов: появился ряд независимых социалистических и Советских республик, из которых некоторые были сами федерациями национальностей, появилась масса федерированных республик национального характера, наконец, ряд автономных национальных областей, которые охватили собой многочисленные племена, народы и даже этнографические группы развалившейся империи. Советы сдержали свое обещание, данное ими в первые дни, и некоторые области бывшей империи, где пролетариат не смог свергнуть своих буржуазных господ, в качестве независимых республик вышли совершенно из связи с Советскими республиками и стали независимыми демократиями буржуазного типа. Совершенно естественно и необходимо было, что Советские социалистические республики ощутили настоятельную потребность в более близкой и тесной связи и создали путем договора Федеративный Союз Республик, который потребовал нового конституционного оформления. Так, на-ряду с конституцией Р.С.Ф.С.Р. (10 июля 1918 года) и созданными по ее образцу конституциями независимых Советских республик явилась новая союзная конституция (6 июля 1923 г.).

В свое время, после издания конституции 10 июля, высказывалось много упреков по ее адресу в том отношении, что она слишком была лишена правового характера. И действительно, как я показал в свое время в ее анализе (Мое „Государство буржуазии и Р.С.Ф.С.Р.", М. 1923 г.) она предпочитала скорее метод технического поставления целей и задач, так же как изыскания соответственных средств делу юридического конструирования. В некоторых отношениях эта конституция пошла слишком далеко и заменила декларативными объявлениями и неопределенными характеристиками точное определение компетенций и соотношение обязанностей и прав. Проект, выработанный тогда в Наркомюсте, стремился восполнить эти недостатки и придать некоторую правовую законченность слишком неопределенным положениям. При рассмотрении проектов конституции в ко-

миссии голос Ленина дал преобладание, и восторжествовала его глубоко правильная и принципиальная вражда ко всякой юридистике. Был принят проект, который мы и сейчас имеем в виде конституции 10 июля. Элементарное ознакомление с этой конституцией резко обнаруживает ее характер в качестве своего рода программы деятельности и работы для Советов, объединившихся в государство, а следовательно ее телеологический и революционный характер. С деловой точки зрения, конечно, это было известным недостатком, но, с другой стороны, открыло возможность постепенного учета опыта и столь же постепенного изменения и дополнения конституции при помощи ряда постановлений отдельных Всероссийских Съездов. В том виде, как мы имеем конституцию сейчас, она в значительной степени восполнила свои пробелы, в особенности в той части, которая относится к осуществлению власти на местах.

Составители конституции 6-го июля не только избегли тех недостатков, которые были свойственны конституции 1918-го года, но и впали в противоположную крайность. Тут уж бесспорно *сказалось влияние новой экономической политики с ее пристрастием к праву и правовым конструкциям.* И в духе добрых демократических образцов диктатуре пролетариата и „социализму" здесь отводится довольно скромное место. Лишь в предшествующей тексту декларации мы находим упоминание о плодотворном влиянии диктатуры и социализма в деле создания таких благ, которые могут пленить самое пацифистское сердце. Ничего похожего на революционную декларацию прав трудящихся и эксплоатируемых народов не имеется, но зато в изобилии рисуются весьма далекие от классовой борьбы „взаимное доверие и мир, национальная свобода и равенство, мирное сожительство и братское сотрудничество народов". Само новое союзное государство характеризуется прежде всего как „достойное увенчание заложенных еще в октябре 1917 г. основ мирного сожительства и братского сотрудничества народов" и лишь в этом значении „оно послужит верным оплотом против мирового капитализма и новым решительным шагом по пути объединения трудящихся всех стран в Мировую Социалистическую Советскую Республику". Нельзя не видеть уже в этих положениях значительного смягчения прежнего революционного тона и перехода к некоторым мирным методам воздействия, которые должны привлечь трудящихся всех стран не столько обострением их классового интереса, сколько указанием на „взаимное доверие и мир", так же как „национальные свободу и равенство" и притом не классов, но „народов". (Основной закон — конституция Союза С. С. Республик, разд. 1, декларация).

Сама конституция Союза построена по испытанным буржуазно - демократическим образцам и живо напоминает союзный акт, легший в основу федерации Соединенных Штатов Америки. И хотя в Америке 14 первоначальных штатов после декларации независимости 1776 г. заключили между собой сначала лишь конфедерацию или союз государств (15 ноября 1777 г.) и лишь потом вошли в состав единого союзного государства (на конвенте 1787 г.), союзные же республики Р.С.Ф.С.Р. с самого начала были связаны отнюдь не конфедеративной, т.-е. международной связью, но тесным государственным объединением, однако составители нашей конституции решили положить в основу Союза Советов самый настоящий договор. Формальным основанием такого акта могло быть разве то обстоятельство, что некоторые Республики Советов и отдельные федерации обладали международным суверенитетом в том смысле, что они пользовались юридической самостоятельностью в области внешних сношений отчасти под влиянием блокады и в интересах братских республик. Конечно, возникает очень большое сомнение относительно характера „суверенитета" этих распублик, но, само собой, лучшего „правового основания" для создания настоящей „юридически" оформленной конституции, как торжественный „договор" четырех, образующих Союз, Республик, придумать нельзя. Как мы уже видели выше, это наиболее чистое выражение правовой воли, устанавливающей некоторое общее право на началах известного равенства или неравенства. И действительно уже в декларации союзной конституции мы читаем о „воле народов Советских республик, собравшихся недавно на Съезды своих Советов и единодушно принявших решение об образовании Союза С.С. Республик", что и „служит надежной порукой в том, что Союз этот является добровольным объединением равноправных народов", которым к тому же предоставлено „право свободного выхода из Союза" (там же).

И последующий „договор" с величайшей тщательностью воплощает требования настоящего юридического акта. Тут налицо и заключающие договор стороны в качестве юридических лиц — это Россия, Украйна, Белоруссия и Закавказье, как представители не только своих „народов", но и „народов" входящих в их состав отдельных республик и автономных областей, здесь и обеспечение „суверенитета" объединяющихся государств, и подробные постановления относительно самого устройства союзных властей, компетенции Союза сравнительно с кругом ведомства отдельных государств, и вящшего обеспечения национальных прав при помощи создания особого Совета Национальностей с равным представительством всех „союзных и автономных Советских социалистических республик и автономных областей" (первых

по 5, вторых по 1 представителю) и даже способов разрешения конфликтов между отдельными членами Союза. Несомненно, такое обращение к юридической формулировке способствует ясности и точности в определении основных моментов структуры Союза. Но можно положительно пожалеть, что в конституции Союза, раз уже мы действовали по американским образцам, не имеется ничего подобного „поправкам“ конституции, которые гарантируют необходимые в буржуазной демократии „права свободы“, а у нас могли бы гарантировать в пределах каждой отдельной республики не только „права национального самоопределения“, но и неприкосновенность Советского и социалистического строя — по крайней мере до тех пор, пока данная республика состоит членом Союза. И если уже говорить об юридическом отражении факта, то следовало бы в правовом договоре Советских социалистических республик достаточно ярко отразить и права, обоснованные диктатурой пролетариата. А то иначе получается некоторое расхождение между фактом и правом, которое в случае затвердения второго может вредно отразиться и на самом факте, как это бывает в силу закона обратного отражения идеологий, особенно юридических. Равенство же, так торжественно провозглашенное в области национальной, легко может быть перенесено в такие сферы, где оно сможет повести к чрезвычайно тягостным и опасным неравенствам. Двусмысленность равенства достаточно выяснена выше при помощи учений Маркса и Ленина.

Переходим теперь из сферы Советского „публичного“ права к праву „гражданскому“. Замечательно уже самое противоставление этих двух областей права, выработанное в условиях буржуазного государства и необходимо вытекающее у нас из факта издания гражданского кодекса, построенного по обычному буржуазному образцу с частной собственностью и прочими частно-правовыми институтами. Вполне естественно, что в эпоху господства у нас военного коммунизма такого разделения между указанными двумя сферами права у нас не было и быть не могло. Вся область частного оборота была уничтожена, и частная собственность не существовала, — разве за очень немногими исключениями. Если же в буржуазных государствах разделение на частное и публичное право проводилось со всею строгостью, то, как мы видели уже выше, это было результатом свойственных товарно-капиталистическому обществу особых причин. Как мы уже знаем, буржуазное общество обладает двумя основными институтами, которые оба в одинаковой степени скрываются за положениями „естественного права“. Это институт частной собственности и классовой

диктатуры буржуазии. Первый требует свободы для имущего за счет неимущего, второй передает всю политическую власть в руки капиталистов и их непосредственных слуг. И тот и другой институты дают вопиющее неравенство и хозяйственную эксплоатацию. Но оба покрываются одним понятием свободы и равенства. Но естественно, что конструкция этих институтов становится иною там, где она плотно обеспечена хозяйственными условиями и где, наоборот, она находится под опасностью массового восстания и классового переворота. Поэтому свобода в области частного права оказывается неомраченной. Там именно сама свобода приводит к вопиющей несвободе и порабощению. Таким образом равенство здесь торжествует в пользу неслыханного неравенства. Свободный собственник превращается в свободного тирана и деспота, который через вещи устанавливает неограниченную власть над людьми. Но в области государственной дело обстоит иначе. Там нужна сложная машина политических приспособлений для того, чтобы превратить равенство политической власти в ее противоположность. Это именно и достигается разделением между публичным и частным правом, при чем на долю публичного отводится совершенно определенный круг дел, которые получают название общего интереса или общего блага.

Разделение между публичным и частным правом проходит по очень любопытной линии, которую в свое время по достоинству оценил уже покойный Антон Менгер. И поскольку с этим автором нельзя согласиться в его общих выводах, постольку же чрезвычайно ценными являются его положения о разделении публичного и частного права в классовом и буржуазном обществе. Совершенно справедливо он отметил, что „наша современная правовая система распадается на публичное и частное право. Первое, согласно господствующему пониманию, обнимает те правовые институты, которые служат общему благу, тогда как задачей последнего является регламентирование индивидуальных жизненных целей отдельных лиц“. На самом же деле оказывается, что именуемое нами „общественным благом в действительности составляет почти без исключения личный и политический интерес отдельных могущественных лиц или общественных слоев и потому должно быть отнесено к области индивидуальных жизненных целей“. А такие индивидуальные жизненные цели „общественных слоев“ как раз охватывают собой узкий классовый интерес господствующей группы. Сюда входят ее стремления к возможному увеличению прибавочной стоимости и повышению за ее счет своего хозяйственного уровня обеспечения и жизни (Standart of life). „Наоборот, те цели, которым служат учреждения частного права, столь общи по своему характеру и настолько имеют

отношение ко всем отдельным личностям, что их следует рассматривать, как общее или общественное благо, которое ведь есть не что иное как благо всех". Другими словами, это есть основное благо для массы населения, которое этих благ в действительности лишено, так что имущие классы, владеющие этими благами или этим „общественным благом", могут действительно подчинить себе и трудящиеся массы. Таким путем блага роскоши, политического блеска, общественного влияния и культурного комфорта оказываются благами частного порядка, хоть именуются общим благом, а настоящее общее благо народных масс зачисляется в разряд частного блага, которое и поступает в распоряжение частных собственников. Менгер называет такого рода конструкцию „странным извращением понятий". Однако, это извращение не только сложилось исторически на основе классового порядка, но вместе с тем является и превосходным техническим аппаратом для идеологической организации производственных отношений классового общества. (А. Менгер. „Новое учение о государстве", СПБ. 1906 г., стр. 91—93.)

Разделение на частное и публичное право имеет громадное значение именно с технической стороны. Во-первых, зачисляя хозяйственные интересы масс в разряд какого-то „частного блага", этим самым совершается своего рода аристократическая оценка важного и неважного, ценного и малоценного, основного и второстепенного в общем мировоззрении. Совершенно очевидно, что с этой точки зрения частный интерес, а под него подводится вся хозяйственная жизнь, есть нечто такое, что должно быть поставлено на второй план и подчинено или даже принесено в жертву общему благу и общественному интересу: частное должно уступать общему, хозяйство должно отдать первенство государству и его запросам могущества и блеска. Во-вторых, именно на блага, оцененные в качестве высших, т.-е. государственных, должно быть направлено и все усилие в целях их обеспечения и создания соответственной машины. Там, где высшее благо, там должен быть отбор, общественный контроль, ответственность и строгая целесообразность. Поэтому в области публичного права мы находим весьма сложную организацию, при помощи которой, несмотря на страшное сосредоточение власти — государственный неограниченный суверенитет — при помощи тончайших приспособлений обеспечивается хотя бы призрачное равенство, неприкосновенность так называемых прав свободы, участие в осуществлении верховной власти, в то время как область частного права, как сфера низших интересов личного существования отдается на полный произвол случайных собственников, которые и вырабатывают путем взаимной конкуренции свои силовые центры. И уж, конечно, на сферу публичного права не может быть распро-

странена случайность рождения. Поэтому, в-третьих, лишь в такой „неизменной“ области отношений, как частно-правовые, существует наследственность, которая и передает крупные массы хозяйственных благ из поколения в поколение в руки случайных потомков столь же случайных родителей. Подобная вещь считается совершенно недопустимой для публичных отношений, где по принципу общим благом должны распоряжаться доблесть и знание...

Как мы уже видели выше, разделение публичного и частного права, которое целиком связано с подавляющим господством частной собственности, дало и в составе государственной организации своеобразное разделение. Это — разделение властей. И так как собственность держится непосредственно на экономических отношениях и зависимости, а хозяйственная жизнь при ее помощи находится в обладании отдельных собственников, то здесь задачею власти становится лишь ограждение самой собственности, — все остальное будет автоматическим результатом ее защиты. Следовательно, здесь нужен только суд, опирающийся на государственную власть, и больше ничего не требуется. Можно даже утверждать, что всякое вмешательство власти в эту область принесло бы лишь вред частно-правовым отношениям, так как стеснило бы свободу, а вместе с тем власть имущего над неимущим. Неприкосновенность классового суда становится для буржуазии таким же требованием, как для старых вотчинников неприкосновенность для власти крепостного права. Отсюда требование, чтобы судебная власть была отделена от правительственной и подчинена лишь закону, который фабрикуется в палатах самими собственниками. А так как интересы военной защиты, внутренней администрации, финансовой деятельности и полиции, которые считаются высшими, переданы так называемым государственным органам, то эти последние подчиняются общественному влиянию и направляются сообразно условиям времени. Власть правительственная, вечно текучая и гибкая, отделяется от власти судебной, закрывающей собой неприкосновенную сферу собственнических интересов. Такова система буржуазного права и государства и, как очевидно, разделение на публичное и частное право со всеми его особенностями, здесь есть дело насущной необходимости.

Спрашивается теперь, возможно ли у нас даже после прекращения военного коммунизма подобное разделение двух сфер? — Мы полагаем, что такое разделение, которое сейчас у нас намечается по типу буржуазного правопорядка, не отвечает действительности, но является одним из тех юридических увлечений, против которых следует предостеречь. По внешности, действительно

может показаться, что мы настолько вернулись к торговому обороту и частно-правовым отношениям (частная собственность), что, будто бы, возможно и у нас осуществить такое специальное выделение гражданского права как сферы, неприкосновенной для публичной власти и ее мероприятий. Ибо сейчас, после введения новой экономической политики, весь наш хозяйственный оборот совершается при помощи рынка. Промышленность приобретает сырье, машины и полуфабрикаты при помощи покупки и продажи. Рабочую силу она привлекает при помощи индивидуального или коллективного договора труда. Труд лишен характера повинности и организуется при посредстве сделки найма, вознаграждается определенной заработной платой и работает в свою очередь для рынка. Нужда в оборотных средствах или восполнение основного капитала покрывается при помощи кредита, а последний носит точно так же форму банковского кредита, при чем опять в ходу вексельный оборот по буржуазным образцам. Сверх того кредит, имеющий в основе частно-правовые сделки займа, есть вместе с тем кредит процентный с определенным уровнем его допустимой высоты. Вещное право восстановлено в том объеме, что опять мы имеем перед собой различные виды владения, аренды и залога. Благодаря господству рынка наблюдается расцвет договоров купли-продажи и различнейших обязательственных отношений. Вся продукция промышленности выносится именно на рынок, и здесь реализуется прибавочный продукт в старых же формах прибавочной стоимости... Как будто действительно все по-старому, ничего не изменилось, а военный коммунизм отошел в область далеких преданий...

И все же мы полагаем, что *такое увлечение торговым оборотом при наличности сделок частно-правового типа и личных имущественных прав у граждан далеко не дает оснований для выделения особого гражданского права, которое бы у нас противополагалось праву публичному*. Начнем с того, что пролетариат обладает у нас отнюдь не одной только политической властью в виде „суверенитета“ или даже „диктатуры“. Все эти политические понятия не имели бы никакого смысла и вообще ничего бы не стоили, если бы пролетариат не сохранил в своих руках тех национализированных благ, которые он отдал своему рабоче-крестьянскому государству. *Ленин* не раз подтверждал и подчеркивал, что без национализации земли, промышленности и внешней торговли ни о какой диктатуре пролетариата не может быть и речи. В противном случае это будет такое же пустое понятие, как суверенитет народа в демократических республиках, где ведь и свободны все, и все обладают правом участия в верховной власти. Таким образом у нас

падает уже первая предпосылка для наличности обособленного гражданского права. У нас все без исключения основные центры производства — легкой и тяжелой индустрии — находятся в руках Советов. Весь транспорт как железнодорожный так и водный точно так же национализирован и таким образом перешел из области частной собственности в сферу государственного управления. Тоже мы должны сказать о земле с ее недрами и лесами, которые у нас имеют одного только единого собственника, и это — наши социалистические республики в их едином Союзе. Внешний торговый оборот монополизирован, и весь колоссальный аппарат внешней коммерции представляет собой орудие публичной власти. Внутренний рынок не только находится под совершенною властью государственной промышленности и ее монопольных цен, но в значительной степени охвачен кооперацией, работающей в тесной связи с государством, и подчинен ему при помощи банковского кредита. Лишнее говорить, что вся область финансового капитала находится целиком в руках банков, работающих под непосредственным руководством государства. Если присоединить еще к этому значение коммунальных хозяйств городских Советов, с их широким вмешательством в область не только внешнего благоустройства, но и таких жизненных интересов, как жилищный вопрос, то у нас получается воистину картина сплошной области публичного характера, в которой частная собственность с ее гражданским оборотом растворяется в публично-правовом море, как впадающая в него отдельная река. Можно ли говорить после этого о каком-то противоположении публичного и частного права в духе буржуазного правопорядка?

Конечно, спор идет не о словах. По существу безразлично, как мы назовем наш советский правопорядок. Но не надо забывать того, что слова влекут за собой понятия, а последние часто имеют характер не только определения сущего, но и обозначения должного. Особенно это относится к сфере права, где найденное „общее право", в качестве объективного права или нормы, слишком легко теряет следы своего земного происхождения и приобретает характер оторванной от жизни, самоцельной идеологии. Вот почему мы полагаем, что *противоположение публичного и частного права или права государственного и гражданского не должно существовать в нашей республике.* И оба эти понятия должны быть похоронены, так как нельзя забывать, что эти понятия, кроме всего прочего, являются своего рода лозунгами превзойденного нами и разбитого буржуазного государства. За этими на первый взгляд невинными словами подымается даже не одно юридическое понятие, а целый мир, грандиозная

система отживших правоотношений, которые вовсе не лишены определенной реальной опоры. В нашем собственном организме мы сохранили не только громадные залежи мелкой буржуазии, но и остатки крупной буржуазии, с которой отчаянно боремся не мечом, а рублем на том же рынке при помощи наших монополий. Но наша буржуазия владеет богатствами вековой культуры и пользуется мощной поддержкой буржуазии западно-европейской, находящейся в обладании и своей хозяйственной мощи и государственной диктатуры. И если мы должны бороться не только в области реальных отношений, но и на фронте своего рода юридической агитации и пропаганды, то мы не должны забывать, что **гражданское или частное право это есть основное орудие вражеской нам силы на идеологическом фронте.**

Поскольку невозможно выдержать позицию „гражданского права“ в противоположность „публичному“ в наших условиях, показывает хотя бы самое элементарное обозрение нашего гражданского „кодекса“. И действительно, это не кодекс, а нечто совершенно невозможное. Что он кодифицирует? Какие правовые положения? Откуда он их заимствовал? Как будто, каждый кодекс должен выразить в форме единой правовой системы тот или иной типичный правопорядок или хотя бы единство фактически сложившихся институтов. Образцом такого кодекса мы можем считать, по верному замечанию Энгельса, хотя бы кодекс Наполеона, который в классической форме дал выражение системе частно-правовых отношений, получившей наименование „гражданского права“. Содержание этой правовой системы мы уже видели выше, и должны отдать ей справедливость, что она последовательна и логична от начала до конца в своих идеологических построениях. Что же должна отразить наша система советского правопорядка? Если даже не говорить специально о международных отношениях и правовой организации диктатуры пролетариата в его конституциях, то перед нами остается вся та громадная сфера, которая носит в высшей степени своеобразный характер **государственного социализма или капитализма находящегося в руках трудящихся и осуществляемого при помощи торгового оборота.** Мы не будем спорить, что такого рода система представляет собой нечто совершенно необычное. Еще нигде в мире современное производство и основанное на нем хозяйство не приобретало таких форм. Но это обстоятельство тем более возлагало на наших юристов приятный долг найти новые понятия и соответствующие термины для характеристики этих новых отношений. Что же они сделали?

Вместо того, чтобы создать единый „хозяйственный кодекс“, как этот термин правильно наметил тов. Гойхбарг, наши кодификаторы прежде всего разбили все хозяйственное право Советов на отдельные кодексы, которые друг с другом совершенно не связаны. Поэтому мы имеем отдельный кодекс земельный, стоящий совершенно вне кодекса хозяйственного или даже гражданского, хотя он и объемлет массу положений, регулирующих наше основное вещное право — право земельного пользования. Быть может земельный кодекс потому поставлен вне „гражданского“ или рядом с ним, что последний построен на принципе индивидуальном, тогда как первый на основе коллективного владения и государственной собственности. Но такое предположение оказывается неподходящим уже потому, что согласно 52-й статье гражд. код. различается собственность: „а) государственная (национализированная и муниципализированная), б) кооперативная, в) частная“, а в статье 53-й прямо указано, что „земля, недра, леса, воды“ и т. д. „могут быть исключительно собственностью государства“. Раз дело обстоит так, казалось бы, ничто не препятствует включить наше земельное право в единый кодекс хозяйственного права, где было бы отведено подобающее место именно отношениям государственной собственности и трудового землепользования, обнимающим такую громадную область нашего вещного права. Тем не менее земельное право осталось вне кодекса и вошло почему-то в особый отдельный кодекс. Точно так же в виде особого „положения“, стоящего вне гражданского кодекса, вышли декреты „о недрах земли“ и „лесной кодекс Р.С.Ф.С.Р.“. Возражение здесь опять основывается на тех же соображениях, которые мы выставили раньше, ибо наше единое хозяйственное право построено целиком на государственной собственности, и лишь в качестве известного дополнения существует собственность частная. Кодекс труда в свою очередь регулирует все наиболее важные типы нашего хозяйственного права, поскольку оно включает в свои рамки отношения найма, а в частности трудового права. И опять таки кодекс труда стоит вне единого общего права, как будто он представляет собой какое-то исключение из единой системы советского правопорядка. Еще удивительнее, что вне „гражданского кодекса“ стоит и наше законодательство, объемляющее собой как право концессионное, так и декреты о трестах, являющиеся основными нормами наших правоотношений в хозяйственной области и охватывающие собой три четверти, если не больше, объема всей нашей государственной собственности. Почему-то только положения о товариществах одни вошли в состав нашего убогого „гражданского кодекса“.

Естественно поэтому, что сам он получил характер тех удивительных конституций или деклараций прав, где провозглашаются всякие права, но всегда сопровождаются оговоркой, что, дескать, самое содержание этих прав определяется в отдельных кодексах или законах. То же получилось и здесь. Большинство статей гражданского кодекса или прямо сопровождаются оговорками, вытекающими из господства у нас государственной и муниципальной собственности, или же натыкаются на различные кодексы, ближайшим образом определяющие эту коллективную собственность. В этом отношении весьма характерны 4 и 5 статьи гражданского кодекса, где говорится о „гражданской правоспособности“ „всех граждан, не ограниченных по суду в правах“. Как оказывается, каждый гражданин „имеет право свободно передвигаться и селиться на территории“ страны, „избирать не воспрещенные законом занятия и профессии, приобретать и отчуждать имущество с ограничениями, указанными в законе, совершать сделки и вступать в обязательства, организовать промышленные и торговые предприятия с соблюдением всех постановлений, регулирующих промышленную и торговую деятельность и охраняющих применение труда“. Эти права ограничиваются сверх того в том отношении, что они „охраняются законом за исключением тех случаев, когда они осуществляются в противоречии с их социально-хозяйственным назначением“ (ст. 1-я). Не правильнее ли было бы здесь прямо сначала установить все те предприятия и профессии, которые законом переданы коллективам, перечислить сначала национализированные области хозяйства, отметить постановления, регулирующие промышленную и торговую деятельности и охраняющие применение труда, а затем уже сказать, что все остальное может быть предметом сделок правоспособных граждан Советской страны. Ведь главное-то у нас не в деятельности правоспособных „лиц“, а как раз в тех установлениях и учреждениях государственного социализма, во имя которых и устанавливаются все упомянутые ограничения. Спрашивается, кто здесь кого ограничивает? По нашему воззрению, *государственный социализм не есть ограничение частной деятельности, скорее, наоборот, частная деятельность есть дополнение к основному факту нашей коллективной собственности.*

Идея взаимных ограничений коллективного хозяйства, государственной и коллективной собственности, с одной стороны, и частного оборота, с другой, конечно, весьма соблазнительна. Она дает впечатление какого-то уравнения и уравновешивания коллективного и личного момента в нашем хозяйстве, какого - то равного управомочения частной собственности и собственности государственной. И если бы

кто-либо ознакомился из всего нашего законодательства лишь с одним нашим гражданским кодексом, но почему-либо не прочел бы ни кодекса труда, ни земельного кодекса, ни положения о трестах (ведь такие положения тоже существуют в буржуазных государствах...), то мы думаем, он составил бы себе совершенно превратное представление о советском правопорядке. Последний показался бы ему весьма мало отличающимся от почтенных гражданских уложений нового времени, или, если бы даже наш кодекс и показался ему несколько своеобразным, то лишь со стороны его краткости и, может быть, некоторых „странных" положений в роде статей 19 и 22, где все же в духе времени упоминается о каких-то государственных предприятиях, переведенных на хозяйственный расчет с имуществами, частью изъятыми из частного оборота, частью не изъятыми, одним словом с имуществами, несколько „феодального" характера, напоминающими такому буржуа дворянские рыцарские имения или майораты. За такими исключениями, которые могут быть отнесены за счет русского „варварства", все остальное как будто бы прилично, так как предметом частной собственности по ст. 54-й может быть „всякое имущество, неизъятое из частного оборота". Ведь и в „цивилизованных государствах" имеются также имущества, изъятые из частного оборота...

Подобное превратное представление о нашем правопорядке было бы устранено, если бы наши законодатели хоть несколько призадумались над той системой социалистического хозяйства, которая у нас существует в действительности. Быть может, для составления единого социалистического кодекса им пригодилась бы в большей степени, чем кодекс Наполеона, та классификация вещей на потребляемые или изнашиваемые вещи, вещи пользуемые и, наконец, средства производства, которую предложил в свое время Антон Менгер, который исходил из той мысли, что частная собственность может быть предоставлена на вещи, которые „не могут быть целесообразно использованы без полного уничтожения или, по крайней мере, заметного уменьшения их сущности", что далее на пользуемые вещи должно быть предоставлено только право пользования, так как „чрезмерное накопление таких вещей (например, жилые дома) в руках отдельных лиц принадлежит к самым темным и наиболее заметным дурным сторонам нашего традиционнюго правового порядка". И наконец, „на средства производства", т.-е. вещи, „обычное назначение которых состоит в том, чтобы с помощью или без помощи человека создавать новые вещи или производить надлежащее распределение продуктов", право собственности должно принадлежать исключительно государству или государственным союзам (Менгер. „Новое учение о государстве", стр. 101—104). Подобная классифи-

кация могла бы дать действительно новую систему права, где вместо противоположения публичного и гражданского права было бы единое хозяйственное право с различными институтами собственности и пользования, сообразно тому, насколько те или другие вещи нашли бы свое отношение к общим задачам государственного социализма.

Мы не беремся выставлять здесь какие-нибудь единоспасающие рецепты. Но что в свете нашего гражданского кодекса совершенно бледнеют начала коллективной собственности, получившей у нас такое громадное признание и распространение — это факт. И во всяком случае, если мы желаем получить истинное представление о нашем праве, а в вместе с тем о той линии, которая проведена между победоносным пролетариатом и буржуазией, мы должны исходить не из гражданского кодекса, а совсем из других частей нашего законодательства. На первом плане здесь стоит право, объемлющее „государственные промышленные предприятия, действующие на началах коммерческого расчета“, где „право распоряжения имуществом треста осуществляется государством“, а трест „владеет, пользуется и распоряжается предоставленным ему государством имуществом“, получает финансовую поддержку государства и отвечает лишь в границах своего оборотного капитала. (Законодательство о трестах, ст. ст. 1, 5, 6, 17, 20.) Напрасно только в этом законодательстве, совершенно в духе буржуазных воззрений, целью деятельности трестов указывается исключительно извлечение „коммерческой прибыли“, когда на самом деле эта прибыль является лишь средством для более важных целей восстановления промышленности и укрепления социалистического строя. Не менее важные сведения о нашем строе даст кодекс законов о труде, где мы можем ознакомиться с этим воплощением истинно пролетарского права и особенно с коллективным договором, как своего рода законом нормального применения труда. В высшей степени интересен здесь момент соглашения между рабочими, как носителями рабочей силы и теми же пролетариями в лице Советского государства. Эта особенность договорного права в нашем кодексе опять-таки не нашла своего достаточного выражения и наш трудовой договор почти целиком построен в рамках рабочего законодательства, как оно действует в буржуазных государствах с его полной свободой трудового найма. Опять и тут мы впадаем в крайность: из трудовой повинности в договорную свободу, которая будто бы исключительно „определяется соглашением сторон“. На первое место и тут следовало поставить не договорную свободу, а трудовой закон. В земельном праве мы имеем третью основную область правоотношений, которые действительно характеризуют наш уклад.

Коллективное владение крестьянского двора, общины, артелей и обществ, отсутствие личной собственности и господство трудового пользования, наконец, положения, живо напоминающие право первоначального крестьянского коммунизма и дающие потерю земли в случае, если пользователь оставляет ее без обработки, или обосновывающие право преимущественного получения свободного участка со стороны членов земельного коллектива — все это драгоценные черты социалистического порядка, которые довершаются правом застройки, получающим громадное значение при государственной собственности на землю.

Лишь подробное изучение отдельных кодексов и выделение в них в первую голову задач социалистического хозяйства и коллективной собствености может помочь нам установить характер Советского правопорядка, который так неудачно очерчен нашими юристами. Мы поймем тогда, что мы имеем дело с удивительным новообразованием. Перед нами государственный социализм, созданный диктатурой пролетариата в союзе с массой трудового крестьянства. Этот правопорядок в основе своей проникнут коллективной собственностью на средства производства. Он прежде всего проводит линию равенства между двумя группами производительного труда, крестьянством и пролетариатом, которые выступают перед нами в двух ролях, как руководители Рабоче-Крестьянского государства, а следовательно, как участники коллективной собственности и вместе с тем, как трудящиеся, дающие необходимый для производства и воспроизводства добавочный продукт. Но эти общественные классы, работающие в интересах государственного хозяйства, находятся в капиталистическом окружении, и поэтому они выступают в формах торгового оборота, при помощи рыночного обмена и здесь встречаются с буржуазией, поскольку она удержала в руках частную собственность и возможность вести свои промышленные и торговые предприятия. Советское право поэтому определяет и то условие равноправия, которым пользуется частный товаровладелец рядом с коллективным производителем и товаровладельцем. Но это равенство не должно никого обманывать. Оно наблюдается лишь в крайне узкой сфере, ограниченной обменом и мелкой промышленностью. На самом деле за этим равенством стоит неравенство, ибо все капиталы, все средства производства находятся в руках трудящихся.

На первый взгляд иногда получается превратное впечатление. Здесь весьма сказывается способность правовой идеологии давать ломаные и извращенные отражения. Такое впечатление, между прочим, может произвести и господство договора в Советском праве.

И действительно эта форма двустороннего юридического акта у нас чрезвычайно распространена. С.С.С.Р. основан на договоре республик. Государство с концессионером заключает договор. Тресты реализуют свою продукцию при помощи договоров с трестами же, другими государственными учреждениями и частными покупателями. Рабочие привлекаются к участию в производстве при помощи трудового договора. Предоставление земли трудящимся как непосредственно трудовым землепользователям, так и по арендному договору между ними совершается так же при помощи соглашения и договора. Право застройки и аренды основывается на договоре. Разделы дворов трудового землепользования совершаются точно так же по договорам. Предоставление различных участков недр земли и поверхности отводопользователям в горной промышленности и других подобных областях промышленности совершается точно так же по договорам... Одним словом, куда бы мы на обратились в самой существенной сфере хозяйственных интересов и подлинного общего блага, вплоть до различных банков и кредитных учреждений, мы везде встречаем в качестве сторон, с одной стороны, государство, как монопольного капиталиста, превосходящего своей непреоборимой мощью любого из частных капиталистов мира, а с другой — концессионера, представителя треста, обладателя трудовой силы или специальных знаний, землепользователя, отводопользователя, застройщика, заемщика или просто частного покупателя. Но этот капиталист — само государство рабочих и крестьян, которое прежде всего само в интересах рабочих и крестьян при помощи закона, устанавливает и договорную правоспособность, и предметы договорной сделки и все прочие условия подобного соглашения. На первом плане таким образом остается все же социалистическое право и право коллективов.

Поскольку здесь мы имеем дело преимущественно не с частным правом, а правом коллективов, показывает и тот любопытный факт, что гражданский суд с его специальным процессом имеет в Союзе С.С.Р. чрезвычайно малую область применения. Подавляющее большинство споров идет мимо него. Для отношений, вытекающих из трудового договора, это особые примирительные камеры, третейские суды, расценочно-конфликтные комиссии и особые сессии народных судов, специально решающие „дела по нарушению законов о труде, а также все споры, возникающие на почве применения наемного труда". „Имущественные споры между государственными учреждениями и предприятиями", т.-е., попросту

говоря, между трестами, охватывающими весь колоссальный аппарат государственной промышленности, рассматриваются опять-таки не гражданскими судами, а особыми арбитражными комиссиями, которые менее всего ограничиваются положениями гражданского кодекса. Такая арбитражная комиссия „разрешает спор и право", руководствуясь не только одними законами, она принимает в соображение „обще-государственные интересы". Земельные споры, а они воистину бесчисленны, так как миллионы населения пользуются землей, согласно правилам земельного кодекса, подлежат решению особых волостных, уездных и губернских комиссий, где решаются „все спорные дела, возникающие при землеустройстве, а также все споры о правах на землепользование". „Все члены земельных комиссий, при отправлении ими судейских обязанностей, пользуются правами народных судей". Во всех подобных процессах мы встречаемся в первую голову не с защитою каких-либо частных прав, а с осуществлением социалистических начал нашего правопорядка.

Советское право, таким образом, есть сложный правопорядок, в состав которого входят крупные отрезы социалистического права рабочего класса и его классовое пролетарское право. Таково господствующее положение пролетарского права в силу диктатуры пролетариата. Следующее место занимает классовое крестьянское право, воплощенное в земельном кодексе с его преобладанием коллективной собственности. Лишь на третьем месте стоит классовое право буржуазии с ее гражданским кодексом в рамках торгового оборота. Но в одном отношении буржуазия может еще торжествовать свою идеологическую победу. Наш государственный социализм, благодаря капиталистическому окружению, пользуется рынком, как аппаратом распределения и в виду этого во многих случаях советский порядок сохраняет формы буржуазного индивидуалистического права. Последнее преувеличено у нас еще и потому, что юристы, которыми пользовались Советы для своей кодификации, почти все вышли из стен буржуазной юриспруденции или в значительной степени воспитаны под ее влиянием.

## IX.

## Право.

Изучение права в различных его исторических проявлениях дает нам достаточный материал для того, чтобы окончательно проверить его определение и выяснить его природу.

Но прежде всего мы должны отметить, что в исторической последовательности мы не нашли одного единого права, которое улеглось бы в какую-нибудь столь же единую и исчерпывающую формулу. Перед нами прошло в полном смысле слова диалектическое развитие права, и по содержанию оно было бесконечно разнообразным. Мы нашли наличность права в доклассовом обществе, как право междуродовое. Оно покоилось на начале мести и было направлено к ограждению целости живого состава и неприкосновенности областей владения со стороны многочисленных родовых групп. В среде самого родового образования мы права не нашли, но по мере развития рода и его различных форм оно растет и развивается во внутриродовое право, которое регулирует в высшей степени сложные отношения родства как естественного, так и искусственного, и связанного с ним участия во владении родовым имуществом. Необходимо прибавить к сказанному, что поскольку сами роды вступают в некоторую хозяйственную связь, постольку же и право получает иной характер. Система композиций— первый шаг к образованию будущего междуклассового права.

Появление классового общества кладет резкий отпечаток на правовую структуру. Право разбивается на отдельные идеологические системы классовых групп и отныне каждое из них получает свой собственный отдельный ход. Поэтому уже в сословном обществе мы находим не одно право, но столько же правовых построений, сколько имеется сословий. Вне права остается лишь рабский труд, по отношению к коему действует исключительно начало власти. Каста жрецов организует право совершенно своеобразного типа и обосновывает его на законе. Сословие воинов и землевладельцев олицетворяет право меча в систему кулачного права, где высочайшим мерилом справедливости становится сила, и право таким образом непосредственно следует за мощью отдельных классовых образований, в частности освящает власть вооруженного землевладения. Городское население, несмотря на всю связанность своих отношений, очень рано переходит к пользованию римским правом, как естественным правом торгового оборота и городской экономии. Крестьянство провозглашает в своем праве земельный коммунизм, и трудовое право на землю с его обрывками ложится, как фундамент, в основу крепостнического общества. На исходе средних веков мы встречаем начатки права промышленного труда в виде права свободных рабочих, подмастерьев и учеников на определенные его условия и вознаграждения. Все эти сословно-классовые образования права в конце концов складываются вместе с замирением общества в общий правопорядок, обнимающий

под общим кровом феодальных, а затем вотчинных отношений отдельные группы права канонического или церковного, права городских статутов и варварского римского права, и права крестьянского, сохранившегося в отношениях даже между крепостным крестьянином и его господином. Междуродовое право сменилось междуклассовым правопорядком, отводящим львиную долю правам господствующего класса.

Право капиталистического общества получает опять совершенно новый характер. Каноническое право в его составе меняет свой характер как-бы классового права и становится правом группы, теряющим постепенно свое общественное значение. Феодально вотчинное право разъедается новыми капиталистическими порядками и постепенно переходит в один из отделов общебуржуазного права, регулирующего мобилизованную (потерявшую характер недвижимости) земельную собственность. Крестьянское право упорно сохраняет свои старые коммунистические порядки, и опять-таки образует в составе общего буржуазного правопорядка самостоятельный отрез, где, с одной стороны, коллективное хозяйство возрождается в виде различных коопераций, а с другой, сохраняет некоторые старые обычаи (в наследовании и даже общинном владении), остатки былого крестьянского права. Но над всем властвует гражданское право буржуазии, целиком охватившее отношения торгового, промышленного, а затем и финансового капитала. Под кровом этого естественного права буржуазии развивается однако новое образование, и еще при господстве частного капитала пролетариат создает свое классовое право, которое в известной части воплощается в рабочем законодательстве. Таким образом буржуазный правопорядок под кровом единого права буржуазии, с одной стороны, объемлет остатки старого классового права крупного землевладения и крестьянства, а с другой, новое право рабочего класса, идущего на смену самой буржуазии и ее правопорядку.

Социальная революция, начала которой мы являемся свидетелями, в свою очередь подымает на первый план социалистическое право рабочего класса. В военном коммунизме оно делает попытку своего наиболее яркого воплощения. С наступлением переходного периода в его более устойчивой, затяжной форме социалистический правопорядок включает в себя классовое право отдельных групп, с которыми пролетариат под давлением хозяйственной необходимости вступает в прямой союз или же которым он гарантирует известную терпимость. Совершенно исчезает право крупного землевладения в его феодально-вотчинной форме. Явление, аналогичное тому, как в буржуазном

правопорядке целиком выдохлись каноническое право и феодализм, сменившиеся в первом случае правом частного общества, а во втором—порядком мобилизованной собственности. При социалистическом правопорядке на первый план естественно выступает право пролетариата в его двух важнейших формах—с одной стороны, пролетариата, как коллективного собственника средств производства, с другой стороны, пролетариата, как носителя трудовой силы. Терминами советского законодательства в России мы могли бы сказать, что на первый план выступает право трестов и кодекс законов о труде. На вторую ступень становится право крестьянское, которое в известной степени воскрешает принципы первоначального земельного коммунизма. Последнее настолько, что воскрешаются некоторые древнейшие институты, в роде права преимущественной покупки и передачи другим пользователям оставленной без обработки земли. Коммунистические принципы пролетариата как бы оплодотворяют наново старинные правовые воззрения крестьян. Создается право национальное. Социалистический правопорядок или Советское право оставляет вместе с тем известный простор частному обороту и вместе с тем предоставляет возможность существования классовому праву буржуазии, принимающему здесь ограниченный и своеобразный характер. Влияние буржуазного правопорядка может быть весьма различно, и как показывает пример Советской России, социалистический правопорядок может принимать некоторые очертания буржуазного правопорядка. Что, впрочем, было предсказано Марксом и Лениным.

Спрашивается теперь, при таком историческом разнообразии различных типов права возможно ли установить какие-нибудь общие признаки того, что мы называем правом во всех перечисленных случаях?—Несомненно, да. Ибо в противном случае общественная наука не имела бы тех обобщений, которые сводят к твердым понятиям отдельные группы социальных явлений. Спрашивается затем, какие признаки должны быть положены в определение права на всем протяжении его развития. Очевидно, что прежде всего такие, которые были бы общи всем его проявлениям и вместе с тем были бы определяющими для его основной природы. И такие признаки нам действительно дает история права. Во-первых, она непрестанно связывает хозяйство и право, будет ли итти дело о междуродовых или междуклассовых отношениях. Где нет хозяйства, нет и права, и в родовом обществе оно складывается лишь постольку, поскольку там хозяйственная конкуренция отдельных родов дает нам соответственные междуродовые столкновения. Хозяйственная основа права в классовом обществе не подлежит никакому сомнению, ибо здесь

каждый класс строит свое право на основе своего положения в производстве и обмене, а общий правопорядок отражает на себе черты той формы производства, которая в свою очередь определяет классовый порядок. То же мы должны заметить и относительно грядущего коммунистического общества, предвестником коего служит современный Советский и социалистический строй: право здесь строится в соответствии с его коллективным хозяйством и ролью пролетариата в производстве. Связь права с хозяйством дает нам, таким образом, первый пункт нашего определения: право есть результат хозяйственных, а в частности производственных отношений. Как известно, в этом пункте марксистская теория права поддерживается рядом мыслителей даже из буржуазного лагеря (Карл Маркс. „К критике политической экономии", М. 1922 г., стр. 13, 25, 32, 38, 39. Энгельс. „Анти-Дюринг", М. 1922 г., стр. 107—109; Энгельс. „Происхождение семьи, частной собственности и государства", М. 1922 г., стр. 49, 76; Энгельс. Предисловие к английскому изданию „Развитие социализма от утопии к науке", цитирую по сборнику „Исторический материализм". М. 1924 г., стр. 376; Энгельс, „Людвиг Фейербах", М. 1922 г., стр. 57—59. Собрание сочинений Маркса и Энгельса, том III, изд. М. 1921 г., стр. 357. Письма изд. Адорацкого. М. 1923 г., стр. 283—284, 314—315.)

Если мы теперь поставим вопрос о марксистской теории права, то приведенная нами выше картина исторического развития права получает полное подтверждение в работах Маркса и Энгельса. У некоторых марксистов почему-то рождается странное сомнение лишь в одном пункте. А именно приходится читать, будто бы право, будучи исключительно категорией классовых отношений, не существовало до появления классового общества, а следовательно было неизвестно в период родового быта. Такое предположение обнаруживает лишь недостаточное знакомство наших марксистов с подлинной теорией Маркса и Энгельса. У Маркса мы определенно читаем, „что каждая форма производства порождает свойственные ей правовые отношения", а следовательно и производство родового общества не представляет здесь никакого исключения. Понимая же собственность как присвоение, мы прямо должны сказать, что „всякое производство есть присвоение индивидуумом благ природы внутри определенной общественной формы и посредством ее. В этом смысле будет тавтологией сказать, что собственность (присвоение) есть условие производства. Смешно... делать отсюда прыжок к определенной форме собственности, например, к частной собственности... История показывает нам скорее

коллективную собственность (например, у индусов, славян, древних кельтов и т. д.), как первоначальную форму,— форму, которая под видом общинной собственности еще долго играет значительную роль... Ни о каком производстве, и следовательно ни о каком обществе, не может быть речи там, где не существует никакой формы собственности"... „Присвоение, которое ничего не присваивает", есть нелепость. И если даже семьи и роды „еще только владеют, но не имеют собственности", то это нисколько не мешает наличности „правоотношений", которые исчезают лишь в том случае, если мы представим себе „владеющим единичного дикаря". Там же, где имеются „первичные семейные и родовые сообщества", там вполне возможно и право (Маркс. „К критике", стр. 25, 29). Ясно отсюда, что наличность коллективного родового владения нисколько не препятствует наличию и соответственного родового права на его участке охоты, рыбной ловли или земледелия. В данном случае мы имеем только право не внутри рода, не частную собственность или владение, а владение коллективное, которое впоследствии переходит в общинное землевладение. Из борьбы родов между собою за границы их коллективного владения естественно вырастает и соответственное право.

В частности же Энгельс в своем „Происхождении семьи, собственности и государства" совершенно правильно указывает на то, что внутри рода „не существует еще никакого различия между правами и обязанностями", но это нисколько не мешает тому, что у сородичей имеется известная аппроприация даже частного порядка, и мужчина, равно как женщина „являются собственниками изготовленных и употребляемых ими орудий". Гораздо важнее для нас то обстоятельство, что в сношениях между родами и вообще во внешней своей организации род устанавливает определенный правопорядок или, вернее, осуществляет известные права. Вот почему в перечислении таких „прав" внешнего характера Энгельс вполне основательно пользуется термином „права". В частности же, к одному из таких прав принадлежат и права кровной мести. Характерно, что это было право не отдельного сородича, но в данном случае „весь род убитого обязывался кровной местью"; не отдельное лицо, а весь „оскорбленный род назначал одного или несколько мстителей, которые обязывались выследить и умертвить убийцу". „Всякие раздоры и столкновения улаживает совокупность тех, кого они касаются, род или племя, или отдельные роды между собою — лишь как крайнее, редко применяемое средство, грозит кровная месть, лишь цивилизованной формой которой является наша смертная казнь". Таким же правом кровной мести обладала и греческая фратрия, которая „имела право и была обязана пре-

следовать за убийство члена фратрии, следовательно... на ней лежала также обязанность кровной мести". Подобные же правовые обычаи находим мы и у других родов („Происхождение", стр. 59, 106, 57, 58, 61, 66, 68, 80, 81, 58, 64, 66, 68, 81. Ср. Лафарг, „Детерминизм", стр. 112—118.)

Только наличностью родового права можно объяснить и последующее право земельной общины с ее первобытным коммунизмом. И Энгельс и Маркс неоднократно указывают на преемственность родовых порядков именно в различных видах семейной и земельной общины, как они сохранились до последнего времени в ряде европейских стран, начиная с французской общины в Ниверне и кончая югославянской задругой и русским миром, и как они сложились в Индии или первобытном обществе. В этом отношении и Маркс и Энгельс нисколько не затрудняются пользоваться данными таких исследователей, как Маурер, Гейслер, Вайц и в особенности наш Ковалевский. В особенности много внимания и Маркс и Энгельс отдали работам Ковалевского, котораго они использовали с большою основательностью. Общий вывод здесь таков, что здесь „мы вступаем в область писанной истории", где мы имеем „сравнительное правовое" исследование, и на основании его мы получаем „доказательство того, что патриархальная домашняя община... или братство в видоизмененной форме у восточных народов, явилось переходной ступенью... к индивидуальной семье современного мира". Эта „община" управляется семейным советом, она пользуется „совместным владением землею и совместной обработкой" и „приобретает теперь в наших глазах совсем иное значение, чем раньше. Мы уже не можем подвергать сомнению важную переходную роль, которую она играла у культурных и некоторых других народов старого света в период между матриархальной и индивидуальной семьей". Та же „домашняя община явилась равным образом переходной ступенью, из которой развилась сельская община или марка с индивидуальной обработкой и с первоначальным, периодическим, а затем окончательным переделом пахотной земли и лугов" (Энгельс. „Происхождение", стр. 39, 40, 78, 89, 93, 102; „Анти-Дюринг", 117, 118; Маркс. „К критике", стр. 26).

Отрицать правовый порядок международных отношений было бы и потому странно, что впоследствии, благодаря естественной силе традиции, связанной с устойчивостью первобытных форм хозяйства, „моральное влияние, унаследованное мировоззрение и мышление старой родовой эпохи еще долго после того передавались последующим поколениям, вымирая лишь мало-по-малу". Даже трудно представить себе, „как глубоко" иногда „в сельском населении живут воззрения родового периода". Даже в таких

передовых странах, как в „Германии, Северной Франции и Англии, сумели сберечь в феодальном государстве осколок настоящего родового строя в форме сельских общин (марка) и этим дали угнетенному классу, крестьянам, даже в период жесточайшего средневекового крепостного права, территориальную сплоченность и средства сопротивления". (Энгельс. „Происхождение", стр. 78, 89, 103). Таким образом нет сомнения, что традиция родового права в значительной степени помогла крестьянам образовать свое общинное право последующей эпохи, и следовательно мы здесь имеем самую подлинную преемственность. В виду сказанного мы совершенно не можем объяснить себе отмеченного нами недоразумения в деле понимания родового права и менее всего мы можем согласиться на отождествление родового обычая исключительно с обычаем бытовым, лишенным какого бы то ни было правового значения [1]).

Что касается периодов феодализма и капиталистического общества, то здесь вряд ли могут возникнуть какие-нибудь разногласия. В противность некоторым новейшим марксистам, Маркс отнюдь не отрицает правового характера за тем правом, которое мы выше характеризовали, как право кулачное: „И кулачное право, говорит он, есть право" и „право сильного" продолжает существовать в других формах и в современном правовом государстве". (Маркс. „К критике", стр. 13). Значение первоначального свободного крестьянства для последующего крепостнического порядка отмечает и Энгельс „(Происхождение", стр. 103). Что же касается той ясности сословно-классовых отношений, которые, как мы видели выше, приводят к построению бесчисленных феодальных „прав" и основанных на них договоров, то они вполне объясняются общим характером феодального производства: „Личная зависимость характеризует тут общественные отношения материального производства в такой же степени, как и иные воздвигнутые на этой основе сферы жизни (области деятельности). Но именно потому, что отношения личной зависимости составляют основу данного общества, отдельным работам и продуктам не приходится принимать отличную от их реального бытия фантастическую форму... Как бы мы ни оценивали те характеристичные маски, в которых выступают средневековые люди друг по отношению к другу, несомненно во всяком случае, что общественные отношения лиц в их труде проявляются здесь именно, как их собственные

---

[1]) Характерно, что в новейшей борьбе Наркомюста Р.С.Ф.С.Р. против остатков родового права в Киргизии, Туркестане, Башкирии, Ойратской области, Калмыцкой области, Карачаево-Черкесской области, Адыгейской и Кабардино-Балкарской области упорно повторяется та же ошибка, и родовое право совершенно непонятно именуется „бытовыми преступлениями", хотя и совершаемыми „по обычаю". (Приложения к уг. кодексу 1914 г.).

личные отношения, а не облекаются в костюм общественных отношений вещей, продуктов труда". (Маркс. „Капитал". Том I, стр. 45—46.)

Мы не будем останавливаться здесь на той характеристике буржуазного правопорядка, которую дают Маркс и Энгельс. В значительной степени мы сделали это уже выше, и повторение было бы излишне [1]). Переходим теперь от производственно-экономической основы права к характеристике его специальной природы. В этом отношении мы на всем протяжении настоящей книги исходили из понимания права, как одной из идеологических форм. Опять-таки и здесь те многочисленные данные, которые мы почерпнули из сравнительной истории права, целиком подтверждаются воззрением исторического материализма на право и правовой порядок. Право определяется совершенно точно, как одна из „идеологических форм". В этих формах люди воспринимают в своем сознании конфликт между материальными производительными силами общества и существующими производственными отношениями, — так происходит дело во время революции, в мирное же время гражданское право, это экономическое право по преимуществу направлено к освящению существующих при данных обстоятельствах нормальных экономических отношений между отдельными лицами. Форма, в которой происходит это освящение, может быть очень различна. Такие идеологические отражения настолько мало связаны со своим материальным содержанием, что могут для современного буржуазного права использовать формы старого феодального права, влив в них буржуазное содержание, могут дать тончайшую разработку всех существенных правоотношений простых товаровладельцев, но могут точно так же наряду с образцовым сводом законов буржуазного общества создать величайшее их извращение в виде полуфеодального и мелкобуржуазного кодекса. Извращение, ложные отражения, двойные и тройные преломления, способность полного отрыва от действительности и превращение в самоцельные

[1]) Для желающих мы отметим здесь некоторые места из творений наших основоположников, которые могут пригодиться для освещения вопроса о праве буржуазии и праве пролетариата в условиях товарно-капиталистического порядка. Буржуазному праву посвящены в „Происхождении семьи, собственности и государства" Энгельса, страницы 74—76 В „Критике" Маркса страницы 101, 102, 150, 151. В „Фейербахе" 46, 64. В I томе „Капитала",—страницы 142, 152, 320. См. также соответственные места Коммунистического Манифеста. Пролетарскому праву посвящены в „Происхождении" стр. 48—49, 117. В „Анти-Дюринге" — страница 65. В томе „Капитала" — 217, 275, 283—284, 285, 287, 481, 543—545. Само собой, мы привели здесь только некоторые наиболее яркие места в доступных широкой публике произведениях. Характеристике мелко-буржуазных воззрений на собственность посвящены в особенности, страницы 55—56, 104, тома III Собрания сочинений, посвященного произведениям историческим. Приведенные нами цитаты могут быть по желанию увеличены до бесконечности.

сущности, все эти свойства идеологического мышления вдвойне применяются к мышлению юридическому, так как оно по самой основе своей есть мышление формальное, (Маркс, „Критика", стр. 49; Энгельс, „Фейербах", стр. 57—58, „Письма", 308—310, 315). Ср. также мою критику теории П. И. Стучки в „Вестнике Социалистической Академии" 1923 г.)

Черты идеологической формы присущи праву на-ряду с целым рядом других подобных же форм. Когда Маркс и Энгельс перечисляют эти формы, они всегда упоминают право на-ряду с моралью, религией, искусством, также как формами политическими и философскими. Спрашивается однако чем отличается право от остальных форм? В чем состоит его специфический, только ему присущий признак? Неоднократно исторический материализм связывает правовую форму с имуществом, но здесь мы не можем найти специфического признака, так как право в такой же степени является правом государственным и международным, где оно достаточно отстоит далеко от непосредственно имущественных отношений. Вместе с Лафаргом мы остановились в нашем изыскании специально на признаке „справедливости", который в свою очередь связано с понятиями равенства и неравенства, как они рождаются на почве разделения и распределения вещей и отношений в человеческом обществе. Прежде всего — между группами коллектитного характера, а впоследствии, в буржуазной форме права, и между отдельными людьми. Изучение данных сравнительно-исторического изучения права в достаточной степени подтвердили эту точку зрения, так как факты без остатка укладываются в данную форму и исчерпываются подобной конструкцией равенства — справедливости.

Подобное цонимание правовой идеологии отнюдь не находит признания среди новой марксистской юриспруденции. Как мы видели выше, ее представители отождествляют понятия права и власти и за ничтожными исключениями совершенно не интересуются идеологической методологией права. Даже больше того: попытка исследовать „форму" правового преломления встречает с их стороны жестокий отпор и вызывает подозрения во всяческом идеализме. Исторические материалы, приведенные нами, как будто показывают с достаточной убедительностью, что характер правовой идеологии, как идеологии, отражающей действительность через равенство и неравенство и построенную на этом основании справедливость, ничего не меняет в зависимости правовой идеологии от хозяйственного базиса, но только показывает нам направление, в котором происходит извращение и преломление правового отражения. Это, говоря словами оптики, то же самое, что изучать

углы отражения того или иного предмета в зеркалах разных форм. Право с подобной точки зрения является не чем иным как одним из подобных зеркал, в котором однако способ отражения совершается не по какой-нибудь кривой линии, а под углом то прямого уравнивающего, то распределяющего равенства, которое в свою очередь дает нам формулу той или иной справедливости. Мы таким образом говорим о правовой форме, как об одном из способов представления, который играет роль в общественном процессе таким же образом, как в нем выявляются и влияют и различные другие способы представления. (О „способах представления“ смотри мою работу в 7-й книжке „Вестника Коммунистической Академии“ за 1924 год).

В данном пункте мне однако приходится констатировать мое расхождение с некоторыми марксистски-мыслящими юристами, так как они подобное воззрение считают вредным проявлением буржуазного идеализма. Полезно однако отметить, что не только сравнительная история права говорит в мою пользу, но что у Маркса и Энгельса, впоследствии и Ленина мы находим весьма часто подобный же подход к правовой идеологии. Отметим некоторые, особенно любопытные, положения. Так прежде всего Энгельс, отмечая значение неравенства в истории цивилизации, где „каждый новый прогрессивный шаг есть в то же время и прогресс неравенства“, рисует нам историю борьбы за равенство в человеческом обществе, при чем сопоставляет с требованиями „равенства социального и политического“, как покрывающее их „понятие о равноправии в государстве и обществе“. Благодаря этому, в его изложении борьба за равенство целиком совпадает с борьбой за „равноправие“, т.-е. за установление правового равенства. На этой почве, как утверждает Энгельс, и развилось римское право, установившее „равенство частных людей“ „на основе частной собственности“. Такое право, основанное на равенстве, и есть „совершеннейшая форма права, какую мы только знаем“ для данного общества. Само собой разумеется, это только право, регулирующее частные отношения. Христианство установило затем „равенство избранных“, имевшее однако особое значение только в начальном периоде христианства. Это было связано с общностью имуществ и христианским коммунизмом. Германское средневековье привело к величайшему нарушению равенства при помощи феодальной иерархии, и только новая Европа воплотила „равноправие“ благодаря требованиям новейшей экономики и ее учению о ценности, согласно которому „ценность какого-либо товара измеряется содержащимся в нем общественно-необходимым трудом“. В основу борьбы против

феодальных оков и его неравенства было поставлено требование равноправия, которое и легло в основу всего „буржуазного порядка“, и „вследствие этого свобода и равенство были провозглашены правами человека“. В высшей степени замечательно, по утверждению Энгельса, что именно при падении „известного способа производства“ совершается обращение к морали и праву, так как „становящееся все более неравномерным распределение начинает казаться несправедливым“. В это время „начинают от отжившей деятельности апеллировать к так называемой вечной справедливости“. Таким образом право и справедливость лишний раз совпадают с воплощением равенства именно в форме равноправия. (Энгельс, „Анти-Дюринг“, стр. 63—65, 90—97.)

В своем „Капитале“ Маркс в достаточной степени отметил связь между уравнительной тенденцией новейшего капиталистического обмена и правовой системой равенства в современном обществе. Выше приведенные рассуждения Энгельса по существу являются лишь выводом, как он сам это свидетельствует, из соответственных положений Марксова „Капитала“. Неудивительно после этого, что, излагая основы современного права и мнения юристов по поводу договора брака и трудового договора, Энгельс подходит к нему именно со стороны несоответствия правового равенства и равноправия фактическому неравенству, несмотря на наличность так называемого добровольного договора. При чем оригинально, что „в области промышленности специфический характер давящего пролетариат экономического гнета выступает с полной резкостью лишь после того, как устранены все установленные законом особые привилегии класса капиталистов и устанавливается полное юридическое равноправие обоих классов“. Право, как „равное право“ имеет однако и еще одно применение. Оно становится лозунгом пролетариата, при чем последний расширяет так называемое „гражданское равенство“ до размера „социального и экономического равенства“. Такое представление о равенстве менее всего может быть исчерпано формулой Фейербаха, который провозгласил „равное право всех людей на счастье“. Такое требование, будучи крайне неопределенного характера наподобие всех „идеальных прав“ великолепно мирится с равноправием в одной какой-нибудь области притом духовного характера, но жестоко нарушается реальным неравенством, как оно было установлено и при феодализме и при господстве бужуазии. (Энгельс, „Происхождение“, стр. 48, 49; Маркс, „Капитал“, том I, стр. 53 и сл.; Энгельс, „Анти-Дюринг“, стр. 65—66; Энгельс, „Фейербах“, стр. 45—46). Поскольку таким образом при различных способах производства развиваются различные типы антагонизмов, постольку же эти социальные противоположности идеологически

облекаются в форму права, т.-е. требования равенства или неравенства и таким образом переносятся в юридическую сферу.

Наиболее глубоко однако вопрос о праве был рассмотрен Марксом в его „Критике Готской программы". Здесь мы имеем исследование права именно под углом равенства и неравенства, при чем диалектически рассматривается право буржуазного общества, право переходной эпохи и вопрос о праве на высшей стадии коммунистического общества. Во всех этих случаях Маркс стоит целиком на точке зрения сопоставления равенства и неравенства, с одной стороны, и права, с другой стороны. Всякое право оказывается с этой точки зрения правом неравенства, несмотря на свою претензию быть равным правом. Оно не дает никакого равенства в буржуазном обществе, так как там формальному равенству противостоит глубокое классовое неравенство и связанная с ним беспощадная эксплоатация неимущих. Однако и в первую стадию коммунистического общества или, вернее, в его переходную социалистическую эпоху право продолжает еще существовать, так как и здесь под внешним равенством скрывается еще неравенство. Как мы уже видели выше, такое „равное право" Маркс называет в силу этого еще „буржуазным правом", которое как и всякое право предполагает неравенство. Как правильно по этому поводу замечает Ленин, „всякое право есть применение одинакового масштаба к различным людям, которые на деле не одинаковы, не равны друг другу; и потому „равное право" есть нарушение равенства и несправедливость. В самом деле, каждый получает, отработав равную другим долю общественного труда — равную долю общественного производства... а между тем отдельные люди неравны: один сильнее, другой слабее, один женат, другой нет, у одного больше детей, у другого меньше и т. д.". „Таким образом, продолжает Ленин, в первой фазе коммунистического общества (которую обычно зовут социализмом) „буржуазное право" отменяется не вполне, лишь отчасти, лишь в меру достигнутого экономического переворота, т.-е. лишь по отношению к средствам производства". „Буржуазное право" признает их частной собственностью отдельных лиц. Социализм их делает общей собственностью. Постольку — и лишь постольку — „буржуазное право" отпадает. Но оно остается все же в другой своей части, остается в качестве регулятора (определителя) распределения продуктов и распределения труда между членами общества. „Кто не работает, тот не должен есть" — этот социалистический принцип уже осуществлен; „за равное количество труда — равное количество продукта" — и этот социалистический принцип уже осуществлен. Однако это еще не коммунизм, и это еще не

устраняет „буржуазного права“, которое „неравным людям за неравное (фактически неравное) количество труда дает равное количество продукта“. „Это — недостаток, говорит Маркс, но он неизбежен в первой фазе коммунизма, ибо, не впадая в утопизм, нельзя думать, что, свергнув капитализм, люди сразу научатся работать на общество без всяких норм права, да и экономических предпосылок такой перемены, отмены капитализма, не дает сразу“. (Маркс. „Критика Готской программы“, цитирую по сборнику „Исторический материализм“, стр. 252—255, Ленин. „Государство и революция“, стр. 116—120.)

Для решения вопроса о праве, как идеологической форме, основанной на равенстве неравного, громадное значение представляет организация коммунистического общества в высшей его стадии. Мы очень часто встречаем по этому поводу предположения, что там не будет существовать более никакого права. Что касается учения Маркса по этому поводу, то он говорит в „Критике Готской программы“ буквально следующее (цитирую по переводу Ленина): „На высшей фазе коммунистического общества, после того, как исчезнет порабощающее человека подчинение его разделению труда; когда исчезнет вместе с этим противоположность умственного и физического труда; когда труд перестанет быть только средством для жизни, а сам станет первой потребностью жизни; когда вместе со всесторонним развитием индивидуумов, вырастут и производительные силы и все источники общественного богатства польются полным потоком, — лишь тогда можно будет совершенно преодолеть узкий горизонт буржуазного права, и общество сможет написать на своем знамени: каждый по способностям, каждому по потребностям“. Если произвести анализ этого положения Маркса, в связи с поставленным выше вопросом, то мы можем вынести из его слов следующее заключение. С преодолением искусственного равенства, скрывающего фактическое неравенство, коммунистическое общество переходит к фактическому равенству, которое, само собой, делает излишним какое бы то ни было „равное право“, основанное на том, что „неравные индивиды имеют общую мерку лишь постольку, поскольку их рассматривают под одним углом, понимают только с одной стороны... отвлекаясь от всего прочего“. Другими словами, поскольку существует фактическое равенство, т.-е. „от каждого будет взято по его способностям, а каждому дано по его потребностям“, тогда будет покинут буржуазный правовой кругозор, а с ним исчезнет противоречие между фактом и правом, экономической действительностью и построенной над ней идеологией. Спрашивается однако, — значит ли это, что с узким кругозором буржуазного права исчезнет и всякое право? Этот

вопрос не решается так просто, так как у Маркса в приведенном отрывке имеется положение, которое, указывая на противоречие между фактическим неравенством и юридическим равенством, говорит, „для устранения всех этих зол, право должно быть вместо равного — неравным“. Отсюда может родиться предположение, будто в коммунистическом обществе может остаться существовать право в виде юридической идеологии, которая однако напишет на своем знамени именно ту формулу высшей справедливости, которую мы находим лишь в коммунистическом обществе, т.-е. право, гласящее: „от каждого по его способностям, каждому по его потребностям“. (Там же.)

Будет ли такое право — правом? Здесь нам приходится уже обратиться и к тому опыту, который извлечен нами из сравнительной истории права и к другим положениям исторического материализма. Как мы могли видеть на основании приведенных нами материалов, право и правовая идеология отнюдь не являются лишь объективной, мы сказали бы, технической формулировкой существующих производственных отношений. Тогда оно перестало бы быть идеологией и стало бы лишь научно-техническим выражением данных отношений, без малейшей примеси какого бы то ни было субъективизма, преломления или извращения. Не надо забывать, что *право есть „идеологическая форма“, а следовательно всегда несет в себе зерно подобного извращения и способность отделиться при помощи формального метода представления, от учета действительности.* Ибо, лишь адэкватная теория способна точно выразить реальность, но отнюдь не формальное мышление с его эстетическими уклонами. Но правовой идеологии присуща еще одна черта, которую нельзя упускать из виду, и она характеризует право во все время его существования и отнюдь не одно только право буржуазное или классовое. Родовое право запятнано тем же самым дефектом. Как мы уже имели возможность убедиться не раз, источником права и правовой регулировки является столкновение интересов, воплощенных в определенном требовании или домогательстве, построенном на обращении к равенству. Оно всегда, следовательно, есть протест, подымаемый известною живою общественною силою, которая ощущает гнет на себе в качестве несправедливости. Это выше отметил и *Энгельс.* Следовательно, *фактическое неравенство есть постоянный признак, а, вернее, даже условие рождения права, и то, что сказал Маркс об узком горизонте буржуазного права должно быть отнесено в качестве специфического признака к понятию права вообще.*

Сказанным уже в достаточной степени разрешается поставленный нами вопрос о праве в коммунистическом обществе. Право, очевидно, угаснет там навсегда, на-ряду с целым рядом других форм идеологического мышления, соответственных „идеальных побуждений“ и организаций. Формула, которая экономически и реально обеспечит неравное каждому неравному и, притом, обеспечит без всякого спора и субъективного домогательства, точно так же, как без компромисса, венчающего своей идеологией договора реальное соотношение борющихся сил, эта формула убьет право. А если это так, то в самой характеристике права, как оно будет существовать до наступления высшей формы коммунизма, должна быть дана новая черта его природы в качестве постоянного признака. Эту черту мы отметили уже выше в виде так называемого субъективного права, которое связывает тот или иной интерес с активной волей правопритязателя и, следовательно, наперед предопределяет тот угол зрения, который должен установить „равенство“. Опять и здесь мы встречаемся с мнением некоторых марксистов, которые почему-то считают разделение субъективного и объективного права буржуазным предрассудком и даже готовы в этом смысле исправить наших общих учителей, Маркса и Энгельса. Мы полагаем, что подобная точка зрения совершенно не отвечает ни фактам, ни учениям исторического материализма и никаких буржуазных уклонов ни Маркс, ни Энгельс, в этом отношении, не представляют. Хотя, конечно, они не всегда бывают такими марксистами, как их последователи.

Останавливаясь на „юридическом отношении, формой которого является договор — все равно, выражен ли он законно или нет“, Маркс утверждает прямо, что здесь мы имеем „волевое отношение, в котором отражается экономическое отношение. Содержание этого юридического или волевого отношения дано самим экономическим отношением“. Это в особенности необходимо на товарном рынке, так как, „чтобы данные вещи могли относиться друг к другу как товары, владельцы должны относиться друг к другу как лица, воля которых господствует в этих вещах; таким образом, один товаровладелец лишь по воле другого, следовательно, каждый из них, лишь при посредстве одного, общего им обоим, волевого акта, может присвоить себе чужой товар, отчуждая свой собственный“. Подобный процесс наблюдает и Энгельс на двух типах договора — на договоре брачном и договоре трудовом. И в том, и в другом случае он опять-таки отмечает характер волевой, так как и тот и другой договоры должны заключаться, по крайней мере, с формальной стороны „добровольно“. Что здесь мы имеем дело с идеологией, несоответствующей фактам, об этом го-

ворить не приходится. Но для юриста такою добровольностью дело совершенно исчерпывается. Правовая воля и притом в форме новейшего демократического равноправия торжествует целиком. Как мы уже видели выше, на праве феодального общества, там, по утверждениям Маркса, волевой характер права приобретает особенно яркое выражение, благодаря отражению экономических условий, в форме многочисленных личных зависимостей. Отметим кстати, что поскольку даже само государство вступает в сферу правовой деятельности, оно, подобно отдельному лицу, проходит через образование особой „формальной воли“ или „государственной воли“, содержание которой определяется, однако, не душою какого-то сверхъестественного существа, а „потребностями гражданского общества, преобладанием того или другого класса, а в последнем счете — развитием производительных сил и условий обмена“. (Маркс. „Капитал“. Том I, стр. 53—54; Энгельс. „Происхождение“, стр. 48—49; Энгельс. „Фейербах“, стр. 57.)

Приведенные нами положения исчерпывают вопрос. Мы неоднократно уже и выше могли убедиться в значении такой воли, участвующей в так называемой борьбе за право и венчающей свои притязания в договоре. Здесь однако мы считаем необходимым выяснить один пункт, который не был нами достаточно разработан выше. Это — о различных формах проявления „формальной воли“ и ее субъективного права. В современной юриспруденции субъективное право берется совершенно в другом освещении. Юрист никогда не исходит из процесса становления или рождения права. Ему совершенно чужд интерес к той связи, которая существует между экономикой и правом, и нисколько не больше он занимается вопросом о той борьбе за право еще в первобытном обществе, которое, в конце концов, дает общее право или правовой компромисс. Так как юрист-практик работает и действует в обществе уже успокоенном и умиротворенном, то ему варварская и дикарская борьба за право представляется чем-то в высшей степени уродливым и непонятным. Даже феодальное право, которое есть самое настоящее право, вызывает в нем горделивое презрение, и он склонен, а с ним и некоторые марксисты, считать такое право какою-то грабительской анархией. Вместе с Иерингом, который не мог все же не отметить „борьбы за право“, такие юриспруденты признают лишь „защищенный интерес“, при чем защищенный не кем иным, как благоустроенным классовым государством. Отсюда и обратное отражение, совершенно переворачивающее вверх ногами факты и действительность. И так как в современном государстве на первом плане стоит пресловутый закон, как норма положи-

тельного права, то из нее и выводится все право вообще, а в том числе и субъективное. От государства и его власти „все качества“.

Как мог убедиться читатель, мы следовали иному порядку. Мы проследили прежде всего процесс происхождения объективного права из права субъективного, или, иначе говоря, из правопритязания. В результате такого разного подхода к предметам у нас, конечно, и разные определения. Для современного юриста здесь никаких особенных сомнений не имеется. Он утверждает прямо, что „субъективное право, это — власть, принадлежащая какой-либо воле, как таковой, обязывать другую волю или несколько других воль, когда она хочет того, что не запрещено законом. Немцы, в частности профессор Еллинек, говорят, что субъективное право есть власть желать или власть обязывать других уважать свою волю“. (Дюги. „Общие преобразования“, стр. 13.) И в том, и в другом случае предполагается, что имеется налицо объективный закон или норма, которые и определяют границы осуществления такой воли и устанавливают ее законное основание. Как очевидно, здесь мы встречаемся с понятием ограниченной правом власти, опирающейся, в свою очередь, на защищенный властью же — высшей государственной — общий правопорядок. Другими словами, субъективное право вытекает из объективного правопорядка и представляет собою власть одной воли над другой. Эта законченная и в высшей степени простая формула субъективного права, которая может быть вполне пригодна для юридической практики, в рамках современной государственности оказывается однако совершенно несоответствующей действительности, если мы к вопросу подойдем не догматически, а теоретически и диалектически.

И в самом деле. С нашей точки зрения, субъективное право имеется на-лицо уже в тот момент, когда определенное лицо или группа, под давлением определенных хозяйственных интересов, обнаруживает по отношению к себе нарушенным требование справедливости, т.-е. находит себя поставленной в каком-либо отношении в положение неравенства, в то время как оно полагает себя вполне равным на основании принятой им мерки или мерила. Мы имеем, таким образом, перед собой рождение права, в виде совершенно одностороннего акта. Это не есть чисто психологическое переживание во вкусе Петражицкого, которое бы исчерпывало все право в качестве исключительно психологического процесса. Менее всего. Как это мы видели на примере рода или классовой группы, такое объединение отнюдь не ограничивается одною психологией. Во-первых, оно предпринимает свое правовое построение под давлением материальной среды и того или иного, весьма реального, факта, а во-

вторых, психологическая установка субъективного права совершается здесь в качестве идеологического отражения действительности, — образования соответственного „идеального побуждения“ (говорим здесь термином Энгельса) с тем, чтобы при помощи этого идеального побуждения организовать опять-таки известное коллективное действие или реальное поведение, несущее на себе определенные следы известного метода представления. Так получается правовое требование или известное волевое движение, мотивирующее себя как требование права.

На подобное наше определение можно, конечно, возразить, что, во-первых, мы имеем здесь одно только „идеальное“ требование, но никакого права. А во-вторых, даже в таком идеальном требовании имеется уже ссылка на некоторую мерку или мерило, ибо данная сторона почитает свое право нарушенным и справедливость оскорбленной. На это мы ответим следующим образом. Во-первых, мы нисколько не предполагаем считаться с одними намерениями, которыми, как известно, весь ад вымощен, но с активными действиями или поведением, в котором выражается правовое притязание, а во-вторых, что право и справедливость, которые почитаются нарушенными со стороны определенного субъекта, носят такой же субъективный характер, как его требования, а следовательно устанавливаются им сообразно его нуждам, интересам и способу идеологического мышления. Понятие субъективного здесь меньше всего может быть отождествлено с чем-то произвольным, случайным или установленным в силу какой-нибудь „свободной воли“. Ни о чем подобном речи быть не может. Мы говорим о субъективном лишь постольку, поскольку имеется перед нами известный субъект как носитель правовых притязаний, создающий их под влиянием строго объективных условий и выражающий их в идеологической форме, которая навязана ему опять-таки непреоборимым давлением реальной среды. Понятие субъективный мы могли бы прямо заменить понятием одиночный или односторонний, в противоположность всему, носящему характер согласительный или двусторонний. Субъективное право с этой точки зрения есть не что иное как право одностороннее, являющееся результатом построения формальной воли данного субъекта, выступающего со своим требованием равенства к той или иной другой стороне или к объективному миру.

Тот факт, что в самом сознании подобного субъекта имеется идеальная мерка справедливости или равноправия, что, с точки зрения этого критерия, данная сторона про-

изводит расценку определенных сторон и конкурентов и ставит между ними знак простого равенства или отношения пропорций, что далее, сообразно подобной расценке, происходит некоторое идеальное распределение так называемых вещей и прав между так расцененными субъектами, при чем одному присуждается больше, другому меньше или обоим дается равное как равным и, на основании этого, формулируется требование данной стороны — это нас касается весьма мало, так как это есть не что иное как общие черты формального мышления, порождающего в одинаковой степени идеологии эстетического и морального характера, так же как юридического и даже, в известной степени, технического. И подобно тому, как мы менее всего можем судить о человеке по тому, что он сам о себе думает, точно так же мы менее всего можем судить о действительности и положении известного коллектива во внешнем мире по тем правовым требованиям и той справедливости, которые этот коллектив себе создает. Нам важна его внешняя активность, его материально-выраженное поведение в материальном мире, и поскольку оно облекается в идеологические формы формальной же воли, притязающей на равенство, постольку оно для нас является выражением одностороннего или субъективного права.

По существу, для субъективного права, как такового, совершенно безразлично, опирается ли оно на какую-нибудь мерку равенства, уже установленную общественной организацией или только на мерило так называемого идеального характера, т.-е. на чувство справедливости, интуитивное сознание или пресловутые законы природы. Как раз в этом пункте мы встречаемся обычно с весьма острым различением и значительными рассуждениями в среде юристов разных лагерей. Одно право, как основанное на положительном обычае или законе, выделяется как право положительное, другое относится в область права „естественного“ или „идеального“, „интуитивного“ и т. п. Пишутся целые книги о том, чтобы оправдать подобное противоположение и, конечно, возвысить право положительное, как право установленного правопорядка за счет всевозможных вольных, естественных и интуитивных прав, в качестве которых выступают, обыкновенно, всевозможные бунтарские или революционные требования. Подобное различение, с нашей точки зрения, представляется в высшей степени сомнительным. Ибо, если мы возьмем субъективное право притязания, основанное на самой положительной статье самого положительного и государством одобренного кодекса, то оно даже в качестве „защищенного интереса“ не будет иметь характера

субъективного права, поскольку оно не встретилось с другими „формальными“ волями и не получило с их стороны или признания в качестве такового, или, наоборот, отказа в таком признании и порой весьма резкого отпора. Только в таком случае оно выступает в качестве субъективного права. При этом надо заметить, что даже признание этого права отнюдь не знаменует собой правильности его нормативного обоснования. Само по себе, такое субъективное право может основываться на весьма превратном толковании обычая и закона, но, тем не менее, получит реальное осуществление благодаря своего рода соглашению с другими лицами, стоящими на той же точке зрения. Под объективную норму, таким образом, может быть подставлено субъективное толкование, совершенно неверного характера, и это толкование прямо вытеснит данную объективную норму. Если же такое толкование будет поддержано какими-нибудь третейскими или иными судами, то так разовьется, своего рода, обычное право или право юристов, которые и вытеснят превосходнейшим манером строгую норму данного закона.

Может быть, конечно, и другой случай. Субъективное право, опирающееся на норму закона, получает осуществление именно в духе этого самого закона, и, таким образом, субъективное сознание известной справедливости подтверждается на факте судебного приговора. Но и здесь мы можем отметить то обстоятельство, что, когда идет спор даже между двумя сторонами, основывающимися на положительном праве, по существу, ни одна из них еще твердо не знает, на чьей стороне это самое объективное право. Ибо ясно, что при наличности друг друга взаимно отрицающих требований, одна из сторон права, другая же нет, а, между тем, они обе взывают к одной и той же объективной норме, как к своему высшему обоснованию. Нам кажется, что положение сторон, в данном случае, нисколько не лучше положения субъектов, выступающих с требованиями, основанными на какой-нибудь интуитивной справедливости. Ибо, в последнем случае, возгоревшийся спор может быть точно так же решен фактом или судом в ту или другую сторону. И, когда в качестве верховного судилища, оказывается революция, то лишь она в состоянии решить вопрос о том, которая из борющихся сторон действительно верно оценивает положение вещей и устанавливает надлежащее мерило равенства и справедливости. И в том, и в другом случае, совершенно одинаково право остается субъективным или односторонним до тех пор, пока оно при встрече с другими подобными же односторонними или субъективными правами не находит выхода в известном соглашении, устанавливающем уже реально и фактически то общее право, к которому приходят обе стороны или в результате независимого договора, или тре-

тейского решения, или приговора государством установленного суда. Субъективному праву, таким образом, можно противопоставить объективное право не в качестве какой-то идеи, живущей в индивидуальном сознании, но в качестве общего права, которое есть результат коллективного акта и становится идеологией для дальнейшего поведения спорящих лиц, а следовательно, и для более устойчивого распределения того или иного равенства на фоне общего неравенства.

Субъективному праву противополагается право общее. Отличительный его признак в том, что оно устанавливается не одною стороной, но или всем обществом или, по крайней мере, несколькими носителями субъективных прав на основании известной общности между ними. Где такой общности нет или пока она не установлена, субъективные права или, вернее, правопритязания не могут найти никакого разрешения в их споре или конфликте. Это мы уже отчасти видели на бесконечном процессе кровной мести, приводящей к гибели целые поколения, это можем видеть и в тех случаях, когда отсутствие общей почвы ставит стороны на непримиримые позиции и заставляет их переносить конфликт в область решений уже не правовыми, а какими-нибудь иными, „фактическими“, средствами. В последнем случае мы говорим о состоянии войны, революции или иных мероприятиях чистой политики. Там же, где имеется известная „общая почва“, там одностороннее субъективное право тем или иным путем переходит в двустороннее, общее или объективное право, на основании которого и оценивается отдельное правопритязание. Диалектика, так блестяще обоснованная Марксом, здесь еще лишний раз находит свое подтверждение. Ибо, субъективное право плюс другое субъективное право дает известное объективное право, которое в конце концов и определяет линию права субъективного. Если же сопоставить этот процесс с борьбою отдельных лиц между собою, то можно сказать, что их примиряет лишь общественность и коллектив. То же повторяется в борьбе групп между собою: и здесь высшее объединение устанавливает объективный порядок пропорции или равенства между спорящими сторонами.

В результате взамен противопоставления субъективных правопритязаний устанавливается примирение их в виде правоотношения, где правам соответствуют обязанности, при чем обязанная сторона получает хотя бы минимальную область прав. Мы не будем здесь останавливаться на технической стороне правоотношения, на тех различных формах правового требования, которые увенчивают собой укрепленную „общей почвой права“ власть управомоченного субъекта. Во всяком

случае здесь хотя бы временно водворяется мирный порядок сожития и оборота. Один получает право на получение вещи, другой такое же право на получение соответственного эквивалента или платы за нее. Один предоставляет другому пользование своею вещью, а другой вознаграждает первого за отказ от такого пользования. Один предоставляет другому распоряжение своей живой рабочей силой, другой обязан возместить ему так называемую заработную плату. Один пользуется своею собственностью или владением, другой обязан воздержаться от нарушения этой собственности или владения и сам по отношению к первому пользуется тем же самым правом. Один причиняет другому вред и убытки, и этот другой получает право требовать с него соответственное возмещение, каковое первый и обязан уплатить... Возникает таким образом непрерывная связь прав и обязанностей, обязанностей и соответственных прав, так что многие писатели не без основательности характеризовали право, как „атрибутивную норму“, т.-е. предоставляющую одному в качестве права обязанности другого. Отмечали не без остроумия такой „диалогический“ характер права в отличие от „монологов“ нравственности и морали. Однако все эти диалоги, атрибутивные свойства и правоотношения, мыслимы лишь в том случае, когда имеется налицо упомянутая нами „общая почва права“, и на ней необходимо более подробно остановиться.

С этой точки зрения громадный интерес представляет знаменитый Кёльнский суд присяжных (1849 года), где среди подсудимых находился Маркс. В своей защитительной речи он между прочим остановился на правовой стороне дела и здесь высказал суждения об общей природе права, которые как раз касаются поднятого нами вопроса. Он выяснил по вопросу о наличности права и обязанности, как двустороннего правоотношения, следующие положения. Он заявил, что право, как объективная норма в тот же момент теряет свою обязательную силу для одной стороны, как только она нарушается другой. Этот момент между прочим был подчеркнут и Энгельсом в его предисловии. Конечно, для такой правовой дискуссии Германия того времени представила совершенно исключительные условия. Как отмечает Энгельс, в других странах споры между политическими партиями, и в частности между революцией и контр-революцией, давно уже решаются не в судебном зале, а на поприще политической борьбы. Лишь германская отсталость привела к тому, что здесь с требованием „отречения от революционной природы...“ „адресуются к партии, которую ставят как раз вне общего права, т.-е. вне закона, и затем добиваются от нее, чтобы она признала ту самую правовую почву, которая для нее уничтожена“. Как бы то ни было, но в Кёльне прус-

ское правительство выступило против революции с юридически-обоснованным процессом и дало таким образом возможность Марксу высказать несколько глубоко интересных положений. (Маркс и Энгельс. Собрание сочинений, том III, М. 1921 г., стр. 354—356, 357.)

Останавливаясь на понятии так называемой „правовой почвы", на которой могли бы получить решение прусское правительство и его революционные противники, Маркс отмечает прежде всего, что сама „корона совершила революцию, она ниспровергла существовавший правовой порядок, — она не может апеллировать к законам, которые сама она так постыдно уничтожила". Подобное „утверждение правовой почвы" попросту „стремится сделать особые интересы господствующими, в то время как они уже не господствуют". Между революцией и контр-революцией таким образом уже не имеется более никакого правового общения, и при этих условиях обращаться к судебному процессу это чистое лицемерие. Ибо там, где нет „правовой почвы, там кончается объективное право, а наступает состояние политической борьбы. Если же при таких условиях обращаются к праву, то только потому, что на самом деле это право давно отжило и развивается даже „не политический конфликт двух фракций, стоящих на почве одного и того же общества", но „конфликт непосредственно между двумя обществами, социальный конфликт, принявший политическую форму". Под видом правового процесса идет „борьба старого феодально-бюрократического с современным буржуазным обществом, борьба между обществом свободной конкуренции и обществом цехового устройства, между обществом землевладения и обществом промышленности, между обществом веры и обществом знания". Ясное дело, что тут никакой общей „почвы права" не имеется и быть не может". (Там же, стр. 354, 367.)

Если мы хотим теперь извлечь выводы из тех материалов, с которыми мы ознакомились, и положений Маркса, высказанных им на Кёльнском процессе, то мы необходимо приходим к заключению, что право, как идеологическая форма, построенная при помощи борьбы за равенство и связанную с ним справедливость, заключает в себе два основных момента,—а именно, во-первых, волевую сторону или одностороннее „субъективное право" и, во-вторых, нахождение общей правовой почвы и создание при помощи соглашения двустороннего „объективного права". Лишь там возможна правовая борьба, где имеется возможность нахождения такой почвы. Где ее нет, там „идет борьба между двумя властями и решить исход борьбы двух властей может только сила". Спор между революцией и контр-революцией не могут решить „все жюри, все суды Пруссии, взятые вместе. Существует только одна сила, которая решит его; это — история". „Если

успешно совершают революцию, можно перевешать своих противников, — но нельзя предавать их суду. Их можно устранить со своего пути, как побежденных врагов, но нельзя судить их, как преступников". (Там же, стр. 356, 355.) Таково бесспорное решение вопроса. Однако тут есть и другая сторона дела. Ибо может показаться на основании этих слов, что политическая борьба никогда не сопровождается правовой идеологией и что общественные классы не выступают в качестве носителей права в социальной борьбе. И если понемногу и постепенно политика вытесняет право, а его идеология со своим математическим механизмом все более и более уступает дорогу точному учету социальной мощи, обоснованному в свою очередь на роли классов в производстве, то спрашивается, нельзя ли отсюда провозгласить вообще, что различение субъективного и объективного права может быть присуще отношениям между отдельными субъектами права в пределах государства, но не может быть свойственно общественным классам, когда они выступают в борьбе за власть, а через нее за высшие формы производства.

На этот вопрос отчасти мы уже ответили в своем месте. Здесь мы лишь попробуем подкрепить нашу точку зрения указанием на теорию исторического материализма, которая здесь в полном согласии с историей указывает и на наличность правового элемента в междуклассовой борьбе, и на существование специально классового права и, наконец, на своеобразный компромисс, который в той или иной форме завершает картину правовой оболочки междуклассовой борьбы. Уже то простое обстоятельство, что каждой форме производства присуща и своя особая форма собственности, кладет необходимый отпечаток на каждую революцию, так как здесь необходимо идет прежде всего вопрос об изменениях этой самой собственности. И если даже на „различных формах собственности и социальных условиях существования поднимается целая надстройка разнообразных специфических восприятий, иллюзий, типов мышления и мировоззрений", то во всяком случае „каждый класс возводит и формирует эту надстройку сообразно своей материальной основе и окружающим общественным отношениям". Так и во время французской революции 1848 года в основе разделения фракций лежали „условия материального существования, два различные вида собственности". (Маркс. „Восемнадцатое брюмера". Том III, стр. 160—161.) Как классовая партия пролетариата, точно так же и партия социалистов не может обойтись без определенных „правовых требований". „Притязания, вытекающие из интересов данного класса, могут быть осуществлены лишь тем, что этот класс завоевывает политическую власть и для своих притязаний достигает общеобязательной силы в форме законов... Каждая борющаяся партия должна свои

притязания формулировать в своей программе в виде правовых требований". (Энгельс, цитирую по книге П. Стучки, „Революционная роль". Изд. 2-е, 1923 г., стр. 99.) По выражению Коммунистического Манифеста, общественный класс, получающий государственную власть, возводит „в закон волю своего класса и этим путем образовывает свое право". Здесь таким образом повторяется то же самое, что можно отметить относительно морали, где „каждый из трех классов современного общества (феодальная аристократия, буржуазия и пролетариат) имеет свою особую мораль". (Энгельс. „Анти-Дюринг", стр. 55—56; Фейербах, стр. 47.)

Так складывается субъективное право определенного класса или до образования классового общества какой-нибудь родовой группы, и это классовое право в случае столкновения ли родов или наслоения классов в результате классовой борьбы ложится, как мы уже видели выше, в основу некоторого общего правопорядка, в котором классовое право господствующего класса занимает доминирующее место. Однако это не значит, что право такого господствующего класса непосредственно целиком заменяется идеологической формой власти, или, другими словами, исключительно одной политической организацией. Правовой элемент может отступать совершенно на задний план во время борьбы. Правовые требования могут поддерживаться в разгаре ее исключительно аргументами силы. Но это нисколько не мешает пронести через политическую борьбу правовые требования, поскольку они связаны, во-первых, с собственностью, а во-вторых, и с другими моментами равного или неравного распределения благ и силы, и в тот момент, когда заканчивается борьба и создается известный формальный компромисс между победителями и побежденными, субъективное право класса переходит в объективное право данного, более широкого, объединения, государства или какой-нибудь иной организации. Вот почему Энгельс в „Фейербахе" правильно отмечает, что „независимо от того, какой класс господствует в данное время" „все потребности гражданского общества... необходимо должны пройти через волю государства, чтобы добиться законодательного признания". Конечно „эта формальная сторона дела, которая сама собой разумеется". Что же касается содержания этой „формальной воли", то она определяется отнюдь не одним только „преобладанием того или другого класса", но „изменяющимися потребностями гражданского общества", „а в последнем счете — развитием производителных сил и условий обмена" (стр. 57). Вот почему мы имеем полные основания говорить не только о субъективном праве отдельного класса, но и об известном правопорядке, который представляет собой не разделение власти на независимые центры, но формальный компромисс клас-

совых правовых требований, которые мы условились называть субъективным правом. Именно наличность такого правопорядка облегчает устойчивость его институтов, которые держатся отнюдь не на прямом насилии, свойственном государству, а на гораздо более мягких основаниях, непосредственно связанных с условиями производства. Пример развития такого института Энгельс показывает на истории частной собственности, где отнюдь не насилие привело к ее перерождению, но „образование естественно выросшей аристократии"... которая покоится, прежде всего „на добровольном подчинении и привычке". (Энгельс. „Анти-Дюринг", стр. 107.)

Общий правопорядок может получить свое формальное выражение или в государственном законодательстве и в обычае, или в каких-нибудь других формах объективного или положительного права. Отметим только здесь кстати, что с нашей точки зрения представляются совершенно не основательными возражения некоторых марксистов против существования правового обычая. Наличность его неоднократно подтверждается Энгельсом не только для родового быта, где вообще другой объективной формы права не существовало, но и для классового общества, в частности же для древней Греции и Рима, где кабальные сделки займа „возникли самопроизвольно, как обычное право исключительно под давлением экономических условий" и т. д. (Энгельс. „Происхождение", стр. 73, 110—111.) Само выражение междуклассового компромисса, как например, „компромисса между крупными землевладельцами и капиталистами" в Англии, может найти самые различные выражения. Так, указанный компромисс вылился в форму „непрерывности действия судебных прецедентов и почтительного сохранения феодальных юридических форм". Это дало в результате „варварский феодальный язык", которым выражается английское право, но, с другой стороны, это же самое „английское право все же является единственным, сохранившим во всей чистоте й перенесшим в Америку и колонии... лучшую часть всех тех старо-германских вольностей, которые погибли на континенте при абсолютной монархии" и не были „еще нигде в полной мере завоеваны вновь". Наоборот, во Франции революция окончательно порвала с традициями прошлого и в гражданском кодексе „мастерски приспособила к новым капиталистическим отношениям старое римское право, это почти совершенное выражение юридических отношений, возникших на той ступени развития, которую Маркс обозначает, как товарное производство". (Энгельс. Предисловие к английскому изданию брошюры „Развитие социализма от утопии к науке", цитирую по сборнику „Исторический материализм", стр. 367—368.)

Для нас различение отдельных форм объективного права, или, как его называют в обычной юриспруденции, „источни-

ков права“, не представляет особенного значения, ибо право всегда право. Но, конечно, практически такое различение имеет смысл в те периоды, когда идет борьба за право между отдельными классовыми группами, и определенная форма объективного права выдвигается в качестве политического требования и технического способа, при помощи коего открывается возможность лучше обеспечить классовое право одной группы против поглощения его со стороны другой. Примером тут является хотя бы борьба, которую неоднократно вели в древности демократические народные массы за законодательную формулировку права против обычного права аристократии, так как при помощи неизвестного массам обычая эвпатриды и патриции избегали всякого контроля и практиковали самый бесстыдный произвол. Практически это имеет смысл и сейчас, поскольку форма законодательства несравненно технически выше всяких других форм положительного правопорядка. Но повторяем, теоретически формы объективного права сами по себе не имеют особенного значения. И подобно тому, как в субъективном праве может господствовать „естественное право“, или, как выразился по аналогичному поводу Ленин („Пролетарская революция и ренегат Каутский“, М. 1918 г., стр. 67): „чувство справедливости у масс, поднявшихся на борьбу с их вековыми эксплоататорами“ или ссылка на какие-нибудь старинные права, подобно традиции старого крестьянского коммунизма, объективное право может совершенно одинаково дать установление формального равенства при помощи каких угодно актов закона, договора, обычая судебного прецедента или изречения ученых юристов. Во всех этих случаях *реальность праву придает его экономическая основа, которая необходимо обусловливает ту или иную его форму.*

Для нас гораздо важнее другое обстоятельство, а именно тот факт, что между субъективным и объективным правом существует реальная связь. И отнюдь не в том смысле, что всякое субъективное право делает ссылки на какое-то объективное основание или, другими словами, применяет известное мерило или мерку для обоснования своих требований справедливости и равенства. Нас интересует другое. Мы склонны установить, как уже отмечали выше, некоторую *диалектику между субъективным и объективным в том смысле, что возможны и необходимы постоянные переходы одного в другое и обратно.* Эту диалектику можно проследить прежде всего в том отношении, что субъективное право, получив объективную форму в коллективном акте на основании более широкого экономического основания, возвращается опять в качестве субъективного к первоначальному источнику и снова принимает

характер субъективного уже на новом основании, а таким путем устанавливается сотрудничество не только между заинтересованными сторонами, но и между ними и более широким коллективом. После чего новое субъективное право снова в случае спора превращается в объективное и т. д. С другой же стороны, установленное в среде отдельного коллектива объективное право служит основанием для его правового сплочения в новый субъект или юридическую личность, которая в свою очередь может выступить как носительница субъективного права.

Схематически можно нарисовать в конце концов довольно „элегантную“ систему подобного рода превращений. Здесь индивиды, как носители своих субъективных прав, складывались бы в известные мелкие организации на основе взаимного компромисса и таким образом создавали бы порядок объективного права семьи, товарищества, коммуны или акционерные компании. Эти последние в свою очередь, вступая в борьбу друг с другом как юридические личности и следовательно как носители формальной воли этих коллективов, осуществили бы прежде всего свое субъективное право, которое в свою очередь прошло бы путь соглашения или вообще нахождения „общей правовой почвы“ с другими подобными же правами и дало бы объективный правопорядок каких-нибудь провинций, промышленных трестов, торговых концернов и т. д. Общественные классы прошли бы подобную же трансформацию, поскольку они искали бы выражения своих интересов в субъективном праве. Примерами здесь служат сословия средних веков, включая церковь, и современные общественные классы, которые предпочитают свое субъективное право выражать исключительно в переменчивых и гибких формах классового правосознания. Так выраженное субъективное право отдельных классов через горнило классовой борьбы пришло бы и тут к установлению общегосударственного правопорядка, воплощающего в себе и традиции феодальной собственности, и естественное право буржуазии, и — насколько это оказывается совместимым с первыми — земельное право крестьянства и правосознание пролетариата. Выступление государства в качестве носителя субъективного права в международной области мы уже отметили выше. И конечно, если бы буржуазно-капиталистическое общество, вопреки всем законам исторического развития, оказалось способно к образованию каких-то высших союзов на манер различных „лиг наций“ и подобных конфедераций, то мы встретились бы еще с новым этапом диалектики субъективного права — рождения из первого второго и наоборот. Ибо, само собою, мы нисколько не отрицаем того факта, что объективный правопорядок в свою очередь может стать тем мерилом,

на котором в свою очередь основываются требования права субъективного.

Сопоставление субъективного и объективного права представляет социологический интерес лишь потому, что в метаморфозе права мы находим отражение тех периодов революционной борьбы и органического строительства, которые уже установлены давно в новейшей социологии. Революционный период, который назревает при определенных условиях производства и классового гнета, само собой, готовится не в согласии с данным господствующим правопорядком, а в противоположность ему. Это совершенно не исключает использоваиия иногда весьма широких возможностей борьбы, которые предоставляются этим правопорядком. Они иногда даже поддаются некоторому расширению. Но это лишь до тех пор, пока господствующий класс не ощутит вредных и опасных для себя сторон такого использования существующего права. И святость данной системы „справедливого“ менее всего способна удержать господ положения от перехода ко всяческому нарушению существующих законов, как только это оказывается необходимым в интересах подавления революционного движения. Поэтому-то так смешны и нелепы попытки сторонников эволюционной реформы, которые, упершись всеми своими конечностями в святыню данного права и справедливости, воображают, что при помощи такого рода великих устоев общественного равенства они смогут незаметно и постепенно перейти к господству нового порядка собственности и связанных с нею правоотношений, дающих простор и победу новому общественному классу. Ничего подобного история не знает. Напротив, господствующий класс отвечает применением голой силы в ответ на обозначившиеся очертания субъективного права революции и в лучшем случае ударяется в противоположную крайность и доводит „царство закона“ до настоящего фанатизма формальной буквы и связанной с нею беспощадной репрессии.

Совершается переход из области права в область факта. Прерывается всякое правовое общение между двумя сторонами. Война, а в частности междуусобная и гражданская война ставит своей задачей беспощадное истребление противника. Рабство перед силой сменяется неограниченным торжеством подобной же силы и связанной с нею власти. Но вот настает перелом и восставшие побеждают. Революция заканчивается появлением нового класса в качестве господствующего на общем фундаменте классового общества. Происходит перемещение отдельных классов подобно перемещению геологических пластов после землетрясения. Водворяются беспрепятственно новые формы производства, возрождается правовое общение, и господство субъективного права

борющихся, заключенное в рамки каждой из сторон, сменяется компромиссом, в котором договор, закон или обычай намечают пределы нового неравенства под формальной покрышкой правового равенства. С этой точки зрения и наша революция не была исключением. Как мы уже видели выше, она подняла новый общественный класс и после его торжества открыла путь к междуклассовому компромиссу. Он в значительной степени воспринял элементы „буржуазного права". Установился советский правопорядок, и он претендует, как всякое право, на свойство, присущее подобным идеологически формам.

И хотя этот порядок по самому своему существу представляет собой переходный и временный строй, он опять пытается стать твердым и неизменным, и даже порой под марксистской теорией чувствуется скрытая тенденция к затвердению, не только „всерьез и надолго", но на веки вечные...

Обзор истории права, однако, дает нам некоторые весьма утешительные данные. *История права есть по существу история его угасания*, несмотря на все кажущееся расширение его сферы и расцвет его различных форм. Войны, которые в древности целиком маскировали свое экономическое основание и политические цели под правовой оболочкой, сейчас уже немыслимы. Мотивы обиды, мести и негодования за поруганное право все более очищают путь сознанию экономической целесообразности или классового интереса. Неуступчивая и абсолютная формула математически точного уравнения постепенно переходит или в более растяжимую пропорцию, или же ограничивается лишь каким-нибудь одним углом зрения, где и торжествует свою легкую победу. Месть сменяется системой композиции. Кулачное право дает целую иерархию с утонченными подразделениями. Естественное право буржуазии ограничивает свободу и равенство столь узкими формальными пределами, что вне их без затруднения укладываются бесчисленные неравенства имущественного положения промышленной эксплоатации и классовой монополии. От беспощадной санкции кровной мести или древнего закона с его заповедью око за око и зуб за зуб развитие хозяйственных форм ведет нас через аристократический обычай и кровожадный закон к утонченным формам правосознания с обширным развитием третейского разбирательства от спора между соседями до международных трибуналов.

Сейчас мы стоим в начале новой общественной эпохи. Пролетариат, который несет с собою новые формы, обнаруживает довольно явное отвращение ко всяким идеологическим надстройкам и лишь терпит их по мере необходимости. И то же самое должно сказать о праве. Такой тенденции

способствует, конечно, и его революционное положение, так как естественно, взрыв социальной революции в Европе необходимо приведет к крайнему обострению классовой вражды и к периоду полного отрицания всякого права. Но характерно, что в своих революционных требованиях пролетариат несет чрезвычайно мало законченных правовых формулировок. И в то время, когда революционное крестьянство в своих восстаниях почти целиком шло под знаменем права и обосновывало свои притязания нарушением извечного и древнего закона, пролетариат не только следует здесь примеру буржуазии, но значительно превосходит его. Ибо, как мы видели уже выше, буржуазия готовила свою революцию при помощи формулировки естественного права. В нем был заключен значительный юридический элемент, который впоследствии и был провозглашен в торжественных декларациях прав и уложениях на манер кодекса Наполеона. Пролетариат несет с собой пока лишь кодекс труда; но все основные его требования формулируются не столько юридически, как экономически и политически. В лучшем случае он несет с собой революционное правосознание или „чувство справедливости“, которое отметил Ленин. Отсюда и новый характер борьбы. Она не ограничивается фиктивным равенством права. Она не сопровождается яростью, рожденной правовым негодованием. Она неисчерпывается искусственным компромиссом противоречивых „субъективных прав“ враждующих классов. Она не замыкается в неподвижную идеологическую систему, готовую оторваться от жизни и затормозить необходимый ход развития производительных сил и соответственного изменения производственных отношений. Отсюда гибкость и сознательность. Научная подготовка и техническое завершение. Учет реальных факторов и отказ от фантастики, а в результате фактическое равенство коммунистического общества, в котором право станет столь же излишним, как в древности, в рамках первобытного рода. Ибо „каждый будет получать по потребностям и каждый будет давать по способностям“.

———

# ОГЛАВЛЕНИЕ.

**Цена 1 р. 50 к.**